

Les Cahiers de droit



La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation

Pierre Issalys

Volume 24, numéro 4, 1983

La participation des citoyens aux choix énergétiques

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042572ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042572ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Issalys, P. (1983). La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation. *Les Cahiers de droit*, 24(4), 831–900. <https://doi.org/10.7202/042572ar>

Résumé de l'article

In this paper, the control and participative functions of the public administration are viewed as a two-way stream of information. More specifically, this model is applied to regulatory agencies in Canada and Québec. The downward, control-oriented flow and the upward, participative flow of information are both traced by means of an analysis of the key elements in the legal and administrative structure of regulatory agencies. Specific illustrations are drawn mainly from the field of energy regulation in Canada and Québec. Examination of the model in this context suggests that efficiency in the control and participative functions of regulatory agencies can be achieved only through the preservation of a proper balance among the various features of a regulatory scheme, both within and around the agencies.

La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation

Pierre ISSALYS

In this paper, the control and participative functions of the public administration are viewed as a two-way stream of information. More specifically, this model is applied to regulatory agencies in Canada and Québec. The downward, control-oriented flow and the upward, participative flow of information are both traced by means of an analysis of the key elements in the legal and administrative structure of regulatory agencies. Specific illustrations are drawn mainly from the field of energy regulation in Canada and Québec. Examination of the model in this context suggests that efficiency in the control and participative functions of regulatory agencies can be achieved only through the preservation of a proper balance among the various features of a regulatory scheme, both within and around the agencies.

	Pages
0. L'action administrative d'un État démocratique, un double mouvement d'informations	834
0.1. L'information descendante : le contrôle.....	835
0.1.1. Le contrôle, élément indissociable de l'impulsion politique	835
0.1.2. Le contrôle, expression de la démocratie indirecte, formalisée, partisane.....	835
0.2. L'information ascendante : la participation.....	836
0.2.1. La participation, condition de l'adhésion des citoyens	836
0.2.2. La participation, expression de la démocratie directe, spontanée, associative.....	837
1. L'organisme de régulation comme forme d'action administrative	838
1.1. La notion d'organisme de régulation	838
1.1.1. La notion d'organisme administratif autonome.....	838
1.1.1.1. Le caractère d'autonomie.....	839
1.1.1.1.1. Les rapports avec le gouvernement : la tutelle administrative.....	839

	<i>Pages</i>
1.1.1.1.2. Les rapports avec le Parlement : la responsabilité ministérielle.....	840
1.1.1.1.3. Les rapports avec les autres organes de l'administration.....	840
1.1.1.2. Le caractère de spécialisation	841
1.1.1.2.1. La délimitation législative des attributions de l'organisme	841
1.1.1.2.2. La fonction dominante de l'organisme.....	842
1.1.1.2.3. Les catégories d'organismes administratifs autonomes	842
1.1.2. La notion de régulation économique	845
1.1.2.1. La régulation, une option d'intervention étatique.....	846
1.1.2.1.1. La police économique classique	846
1.1.2.1.2. L'appropriation publique de l'appareil économique.....	847
1.1.2.1.3. La régulation économique par un organisme administratif autonome.....	847
1.1.2.2. La notion classique de régulation économique.....	849
1.1.2.2.1. L'application à l'activité économique privée.....	849
1.1.2.2.2. Le recours à des procédés coercitifs.....	850
1.1.2.2.3. La volonté de modifier des comportements économiques	850
1.1.2.3. La notion élargie de régulation économique.....	851
1.1.2.3.1. La finalité de protection sociale	851
1.1.2.3.2. La finalité de protection et d'aménagement du milieu	852
1.1.2.3.3. La finalité de développement culturel	852
1.1.2.4. Les objectifs de la régulation économique	852
1.1.2.4.1. La simple police économique.....	853
1.1.2.4.2. La promotion d'un secteur économique	853
1.1.2.4.3. L'orientation de l'économie	853
1.1.2.5. Les techniques juridiques de la régulation	854
1.1.2.5.1. Les pouvoirs réglementaires	854
1.1.2.5.2. Les pouvoirs juridictionnels	856
1.1.2.5.3. Les pouvoirs administratifs.....	857
1.2. La problématique générale de l'organisme de régulation	859
1.2.1. L'organisme de régulation et la répartition des pouvoirs	860
1.2.1.1. Le problème de la confusion des pouvoirs.....	860
1.2.1.2. Le problème de la suprématie du Parlement.....	860
1.2.2. L'organisme de régulation et le partage fédéral des compétences	861
1.2.2.1. Le partage des compétences matérielles	861
1.2.2.2. Le partage des compétences territoriales	862
1.2.2.3. L'interrelation des compétences fédérales et provinciales	862
1.2.3. L'organisme de régulation et les autres formes d'intervention étatique	863
1.2.3.1. Le problème de la définition des politiques.....	863
1.2.3.2. Le problème de l'entreprise publique.....	864
2. L'organisme de régulation comme instrument de contrôle et de participation	864
2.1. L'organisme de régulation et le mouvement descendant d'informations.....	865

	<i>Pages</i>
2.1.1. Le contrôle politique exercé sur l'organisme.....	865
2.1.1.1. Le contrôle exercé par le gouvernement.....	865
2.1.1.1.1. Le pouvoir de nomination.....	865
2.1.1.1.2. L'énonciation des politiques.....	866
2.1.1.1.3. Les pouvoirs de tutelle classiques.....	867
2.1.1.1.4. La compétence d'appel.....	869
2.1.1.1.5. Le pouvoir de donner des directives.....	869
2.1.1.2. Le contrôle exercé par le ministre responsable.....	872
2.1.1.2.1. Les contrôles budgétaire et administratif.....	872
2.1.1.2.2. L'élaboration des politiques.....	873
2.1.1.2.3. L'élaboration des textes législatifs et réglementaires.....	873
2.1.1.3. Le contrôle exercé par le Parlement.....	873
2.1.1.3.1. L'énoncé législatif d'une politique.....	873
2.1.1.3.2. Le rapport annuel.....	874
2.1.1.3.3. Les questions et débats.....	874
2.1.1.3.4. Le rôle des commissions parlementaires.....	875
2.1.2. Le contrôle exercé par l'organisme sur l'activité économique.....	875
2.1.2.1. L'élaboration de politiques.....	875
2.1.2.1.1. L'utilisation des pouvoirs réglementaires.....	876
2.1.2.1.2. L'utilisation des pouvoirs juridictionnels.....	876
2.1.2.1.3. L'énonciation des politiques.....	877
2.1.2.2. L'arbitrage de situations particularisées.....	878
2.1.2.2.1. Le contrôle de l'accès au marché.....	878
2.1.2.2.2. Le contrôle des acteurs économiques.....	878
2.1.2.2.3. Le contrôle des moyens d'exploitation.....	879
2.1.2.2.4. Le contrôle des conditions d'exploitation.....	879
2.1.2.2.5. Le contrôle des prix.....	880
2.2. L'organisme de régulation et le mouvement ascendant d'informations.....	880
2.2.1. Les types de participation.....	880
2.2.1.1. La participation à l'élaboration des options économiques....	880
2.2.1.2. La participation aux arbitrages de situations particularisées.....	881
2.2.1.2.1. Le modèle quasi contractuel: l'octroi d'un privilège.....	882
2.2.1.2.2. Le modèle juridictionnel bipolaire.....	882
2.2.1.2.3. Le modèle inquisitoire polycentrique.....	883
2.2.2. Les agents de la participation.....	883
2.2.2.1. La représentation des intérêts au sein de l'organisme de régulation.....	883
2.2.2.1.1. L'exigence de représentativité des organismes publics.....	883
2.2.2.1.2. L'exigence de compétence spécialisée et le risque de « capture ».....	884
2.2.2.2. Les participants.....	885
2.2.2.2.1. Les entreprises soumises à régulation.....	885
2.2.2.2.2. Les usagers – consommateurs.....	885
2.2.2.2.3. Les instances étatiques.....	886
2.2.2.2.4. Les experts.....	888

	<i>Pages</i>
2.2.2.5. Les groupements d'intérêts et d'opinion.....	887
2.2.2.6. Le grand public.....	888
2.2.3. Le cadre procédural de la participation.....	888
2.2.3.1. La consultation continue.....	888
2.2.3.2. L'instruction du dossier.....	889
2.2.3.3. L'audience restreinte.....	889
2.2.3.4. L'audience publique.....	889
3. Les équilibres nécessaires au double mouvement d'informations à travers l'organisme de régulation.....	891
3.1. L'équilibre dans les rapports institutionnels entre le gouvernement, le Parlement et l'organisme de régulation.....	891
3.2. L'équilibre et l'autonomie de l'organisme de régulation et le contrôle exercé sur lui.....	892
3.3. L'équilibre entre les diverses formes d'intervention étatique dans le secteur économique soumis à régulation.....	893
3.4. L'équilibre entre la compétence spécialisée de l'organisme de régulation et la cohérence globale des interventions de l'État.....	894
3.5. L'équilibre entre la répartition traditionnelle des pouvoirs et leur concentration au bénéfice de l'organisme de régulation.....	895
3.6. L'équilibre entre la familiarité de l'organisme de régulation avec le secteur soumis à régulation et la mission d'intérêt général confiée à l'organisme.....	896
3.7. L'équilibre entre la reconnaissance de la participation directe des citoyens et le maintien des formes de participation et de contrôle découlant du système parlementaire.....	897
3.8. L'équilibre entre l'ouverture à la participation et la régularité procédurale.....	897
3.9. L'équilibre entre la neutralité de l'organisme de régulation et le soutien accordé à certaines formes de participation.....	898

0. L'action administrative d'un État démocratique, un double mouvement d'informations

La légitimité et le bon fonctionnement des institutions d'un État démocratique supposent un mouvement continu d'informations. D'une part, les organes dirigeants de l'État doivent être informés sur ce que pensent et souhaitent les citoyens, afin d'orienter leurs décisions en conséquence. D'autre part, les citoyens doivent être informés de ces décisions, des commandements de leurs dirigeants, de manière à orienter leur comportement en conséquence. L'administration publique tout entière est donc traversée par un double flux d'informations, qu'elle contribue à canaliser¹.

1. On trouvera une version beaucoup plus élaborée d'un tel modèle du système administratif dans L. MEHL, « Pour une théorie cybernétique de l'action administrative », p. 781, in J.M. AUBY (dir.), *Traité de science administrative*, Paris, Mouton, 1966. On notera que le terme « régulation » est employé par cet auteur dans un contexte différent et dans un sens plus large, par rapport à l'emploi qui en est fait dans le présent texte.

0.1. L'information descendante : le contrôle

Le mouvement descendant d'informations va des décideurs politiques aux citoyens. Il exprime le contrôle qu'exercent ces décideurs sur l'ensemble du système social, en vertu de l'autorité que leur confère le régime démocratique.

0.1.1. Le contrôle, élément indissociable de l'impulsion politique

Le contrôle des décideurs politiques sur le système social s'exerce de façon médiate, à travers l'administration publique. Le contrôle des activités privées par l'État se décompose donc en deux temps : un contrôle plus ou moins direct des décideurs politiques sur l'activité de l'appareil administratif, puis un contrôle plus ou moins étroit de cet appareil sur les activités privées. Dans les deux cas, cependant, le contrôle consiste dans la transmission de l'impulsion politique donnée par les organes dirigeants de l'État. La *nature* fondamentale de l'information ainsi transmise demeure la même tout au long de ce parcours : il s'agit essentiellement d'une communication politique. En substance, le *contenu* de cette information demeure lui aussi en principe inchangé. Si le premier de ces deux postulats ne paraît guère susceptible de remise en cause, le second soulève déjà la question — sur laquelle il faudra revenir — de la fidélité du transmetteur.

0.1.2. Le contrôle, expression de la démocratie indirecte, formalisée, partisane

Dans un État démocratique libéral, l'exercice de ce contrôle sur l'administration publique et, à travers elle, sur l'ensemble du système social, ne se résume cependant pas à la pure réalisation d'un pouvoir autogénéré. Le contrôle tire sa légitimité et sa force de son rattachement et de sa conformité à la volonté des organes électifs représentant la collectivité. La transmission de cette volonté politique issue des assemblées parlementaires est la mission propre de ce contrôle. Il s'agit donc bien, en définitive, d'un contrôle démocratique.

Cette impulsion dégagée par les institutions parlementaires présente les caractéristiques du processus politique des démocraties libérales. Sa valeur représentative de la volonté populaire n'est qu'indirecte, puisqu'elle est médiatisée par l'élection de parlementaires relativement libres dans l'usage qu'ils font de leur « mandat ». Cette impulsion politique s'exprime en outre, à son niveau le plus élevé, selon un formalisme élaboré, celui de la législation ; ce formalisme est certes générateur d'autorité, mais ses règles

(compétence, procédure, technique législatives) accentuent encore la distance entre la volonté des citoyens et les choix et commandements qui sont censés en découler. Enfin, cette impulsion politique, formellement présumée correspondre à la volonté de tous, n'exprime en général que celle de la majorité, et souvent même celle de la minorité dirigeante de cette majorité; en effet, le fonctionnement des institutions parlementaires libérales assujettit le choix des dirigeants et, en grande partie, le choix des orientations politiques au choix que fait l'électeur d'un parti politique.

Le modèle « pur » d'une société se commandant à elle-même au moyen du contrôle politique transmis par l'appareil administratif de l'État, doit donc être nuancé. Des « distorsions », un certain « bruit », s'introduisent dans le mouvement descendant d'informations dès la formulation du message politique, en raison du fonctionnement des institutions démocratiques elles-mêmes.

0.2. L'information ascendante : la participation

Pour minimiser ces distorsions, on peut songer à rendre plus claire, plus contraignante, la formulation initiale de la volonté populaire. C'est le sens d'institutions comme le droit d'initiative et le référendum. Ces modes de communication ascendante n'échappent cependant pas toujours au caractère partisan des choix offerts aux électeurs, ni surtout au formalisme qui alourdit une part importante de l'impulsion politique. Aussi l'État démocratique libéral s'en remet-il de plus en plus à un éventail de techniques participatives pour assurer la fidélité de la communication des citoyens vers les dirigeants. Une large part de l'activité administrative est aujourd'hui consacrée à canaliser ce mouvement ascendant d'informations.

0.2.1. La participation, condition de l'adhésion des citoyens

Il est devenu évident, en effet, que l'acceptation par les citoyens de l'impulsion politique donnée par les dirigeants ne pouvait plus s'inférer uniquement des résultats du choix électoral périodique. Par ailleurs, la pénétration toujours plus étendue du commandement politique dans la vie sociale rend toujours plus indispensable l'adhésion des citoyens aux règles qui leur sont ainsi imposées. D'où la nécessité pour ceux qui exercent le contrôle politique — les dirigeants politiques, mais aussi d'administration publique — de rechercher activement et continûment cette adhésion. Améliorer la qualité de l'information descendante est une façon de le faire. Mais cette amélioration ne suffit plus : le citoyen de l'État moderne ne veut pas seulement entendre, il veut se faire écouter. L'exigence de démocratie dans l'État devient quotidienne : elle suppose la sensibilité non seulement des

dirigeants politiques, mais de tout l'appareil administratif, à l'expression d'une volonté populaire multiple, nuancée, changeante, et pourtant d'une irrécusable légitimité.

0.2.2. La participation, expression de la démocratie directe, spontanée, associative

Cette vague d'informations qui déferle sur lui, l'appareil administratif n'est pas toujours en mesure de la canaliser, même si ces informations lui sont souvent indispensables pour l'accomplissement de sa mission. L'administration, habituée à traiter l'information, abondante certes mais plus ou moins ordonnée et formalisée que lui transmettent les dirigeants politiques, n'est souvent pas préparée à recevoir et retransmettre le flux ascendant de communications assez anarchiques qui lui parviennent de la « base » au moyen de ce qu'il est convenu d'appeler la « participation ». Elle hésite d'autant plus que dans cette masse d'informations, le contenu négatif, réactif, critique ou revendicatif prédomine en général largement. La tentation est alors de disqualifier cette communication en lui niant sa valeur démocratique, son caractère d'expression authentique d'une volonté populaire.

Malgré son caractère morcelé, partial et incohérent, cette participation extra-parlementaire à la communication politique a son prix. Certaines de ces caractéristiques en font un correctif essentiel aux « distorsions » du contrôle politique. Elle rend possible un apport direct du citoyen à la communication ascendante destinée aux dirigeants politiques : plus qu'un suffrage, c'est une opinion motivée que chacun peut donner. La participation s'accommode d'un certain naturel dans l'expression : elle s'encombre rarement d'un formalisme plus poussé que ce qu'exige l'exposition ordonnée des opinions. Enfin, elle permet souvent d'aborder l'objet du débat politique en fonction de solidarités autres que celle que créent les partis politiques ; la participation, on le voit tous les jours, est la manifestation privilégiée de la vie associative : groupements d'intérêts locaux, professionnels, économiques, groupements d'opinion de toute nature alimentent sans cesse le courant d'informations ascendantes vers l'appareil administratif et les dirigeants politiques.

*

* *

Ce double mouvement d'informations traverse, avons-nous dit, l'ensemble de l'appareil administratif. À titre d'illustration, on en montrera ici le cheminement dans un type particulier de structures administratives : les organismes administratifs autonomes investis d'une mission de régulation

économique. Il s'agit là d'une forme d'organisation administrative caractéristique de l'Amérique du Nord, mais dont on ne considérera ici que la variante canadienne et québécoise, assez nettement démarquée par rapport au modèle originel américain².

L'espèce de dialogue qui s'établit entre gouvernants et citoyens grâce au tandem contrôle-participation s'étend à tous les domaines d'activité étatique. Le domaine des ressources énergétiques en est un. On y puisera les exemples qui permettront d'illustrer ce double mouvement d'informations à l'intérieur des organismes de régulation responsables de ce secteur économique.

1. L'organisme de régulation comme forme d'action administrative

Parler d'organismes administratifs autonomes investis d'une mission de régulation économique, c'est faire référence à deux institutions importantes du droit public du Québec, du Canada et des États-Unis. En effet, l'expression fait référence, d'une part, à l'existence au sein de l'appareil administratif d'organismes jouissant d'une certaine autonomie. Elle qualifie, d'autre part, de « régulation » le rapport, ou du moins certains types de rapport, entre l'appareil d'État et l'activité économique. L'objet de cette première partie est de préciser le sens de ces deux notions, avant d'évoquer brièvement certaines des difficultés les plus fondamentales soulevées par l'existence de ces institutions dans notre système constitutionnel, politique et économique.

La seconde partie du texte sera consacrée à la description du double mouvement d'informations transitant par les organismes autonomes de régulation économique.

1.1. La notion d'organisme de régulation

1.1.1. La notion d'organisme administratif autonome

Le système constitutionnel du Québec et du Canada étant fondé sur le droit public anglais, le pouvoir exécutif y est attribué au monarque. Dans le cours normal des choses, celui-ci exerce ce pouvoir sur l'avis et par l'intermédiaire de ses ministres. Ces derniers sont responsables devant le Parlement de leurs actes en tant que conseillers du monarque et dirigeants de l'appareil administratif. Classiquement, en effet, l'ensemble de l'appareil

2. Pour une mise en parallèle du modèle américain et de la variante canadienne, voir: H. N. JANISCH, « Policy-Making in Regulation: Towards a New Definition of the Status of Independent Regulatory Agencies in Canada », (1979) 17 *Osg. Hall L.J.* 46.

administratif de l'État central est placé sous la surveillance directe d'un ministre de la Couronne. Un lien hiérarchique direct s'établit ainsi entre ce ministre et les agents de l'administration qui lui sont subordonnés. Ce lien hiérarchique est une condition d'effectivité de la responsabilité du ministre devant le Parlement³.

L'expansion des activités de l'État, et donc leur diversification par rapport au modèle ancien de l'État de police, a cependant suscité la création, au sein de l'appareil administratif, d'entités de type nouveau, caractérisées par une relative *autonomie* à l'égard des ministres et par une *spécialisation* relativement plus poussée de leurs tâches.

1.1.1.1. Le caractère d'autonomie

L'autonomie d'un organisme administratif se définit par rapport à la collectivité des ministres (le gouvernement) et à celui d'entre eux dont relève le secteur d'activité de l'organisme, mais aussi par rapport au Parlement, puisque la subordination à un ministre est en principe le gage de la subordination au Parlement. Cette autonomie par rapport aux organes dirigeants de l'État est par ailleurs susceptible de modifier, par voie de conséquence, les rapports de l'organisme autonome avec les autres composantes de l'appareil administratif.

1.1.1.1.1. Les rapports avec le gouvernement : la tutelle administrative

Par hypothèse, l'autonomie de l'organisme administratif ne saurait être complète : il cesserait alors d'appartenir à l'appareil administratif d'État. À défaut de maintenir le lien hiérarchique de rattachement à un ministre, il a fallu concevoir d'autres formes, plus subtiles, moins contraignantes, de subordination. Le législateur n'a pas manqué d'imagination à cet égard : les divers procédés auxquels il a eu recours (nomination des dirigeants de l'organisme, approbation du budget, dotation en personnel, autorisation ou approbation de certains actes, compétence d'appel sur certaines décisions, etc.) sont regroupés sous l'étiquette de tutelle administrative⁴. Ces procédés seront envisagés plus loin, comme instruments du contrôle politique exercé sur un organisme de régulation. Qu'il suffise de faire ici trois constatations. Ces mécanismes de tutelle ont nécessairement un fondement législatif — contrairement au lien hiérarchique, qui peut se présumer. Ils rattachent

3. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, pp. 141-148.

4. P. GARANT, *Droit administratif*, Montréal, Yvon Blais, 1981, pp. 461-540.

l'organisme administratif soit au gouvernement dans son ensemble, soit à un ministre « tuteur » en particulier. Enfin, ils peuvent être cumulés et combinés de façon fort variable : à la limite, la tutelle peut être si lourde que le caractère d'autonomie de l'organisme n'est plus que formel.

1.1.1.1.2. Les rapports avec le Parlement : la responsabilité ministérielle

La distension des liens entre l'organisme administratif et le ministre dont relève son secteur d'activité a pour conséquence inéluctable le relâchement du contrôle politique exercé par le Parlement sur ce secteur d'activité. En effet, la réduction du contrôle du ministre sur le fonctionnement journalier de l'organisme empêche de tenir le ministre responsable de ce fonctionnement devant le Parlement dans la même mesure qu'il peut l'être des activités de son ministère. Le jeu normal de la responsabilité ministérielle se trouve faussé. Le Parlement doit, pour demander directement des comptes à l'organisme, recourir à des procédés particuliers, dont il sera question plus loin. S'il ne le fait pas, faute d'une véritable volonté de contrôle ou faute d'aménagements appropriés de la procédure parlementaire, la responsabilité du ministre — certes inscrite dans la législation⁵ — ne peut être que proportionnée à l'étendue de la tutelle administrative que subit l'organisme.

1.1.1.1.3. Les rapports avec les autres organes de l'administration

La mise en place, au sein de l'appareil administratif de l'État, d'un ensemble d'organismes jouissant d'une mesure variable d'autonomie est de nature, on le conçoit aisément, à compliquer les rapports internes de cet appareil. Lorsque tout l'appareil administratif est réparti en un certain nombre de départements ministériels, les rapports entre les ministères s'ordonnent suivant la nature de leurs fonctions, la hiérarchie entre leurs agents et, subsidiairement, le « poids » politique des ministres. Lorsque sont par contre à l'œuvre dans un même secteur un ministère et plusieurs organismes investis d'une autonomie plus ou moins grande par rapport à lui et complètement autonomes les uns à l'égard des autres, les rapports de concertation et de collaboration peuvent être difficiles à créer et à maintenir. La simple coexistence dans un même secteur d'un ministère et d'un organisme autonome de régulation, par exemple, peut donner lieu à des

5. Sous la forme de la disposition classique attribuant à un ministre la responsabilité de l'application de la loi constitutive d'un organisme autonome.

frictions ou des flottements prolongés⁶. De même, il n'est pas facile de déterminer d'emblée les rapports que devraient entretenir un organisme autonome de régulation économique et une entreprise d'État œuvrant dans le même secteur d'activité économique⁷. Ces deux types de situations seront évoqués plus loin.

1.1.1.2. Le caractère de spécialisation

La diversité des champs d'action de l'État a depuis longtemps suscité une division du travail entre les départements ministériels. Les lois constitutives de ces départements ont notamment pour objet de décrire — en termes ordinairement très larges — les attributions de chacun d'eux⁸. L'analyse juridique conduit cependant à reconnaître au ministre qui les dirige, au nom de la Couronne, la pleine compétence d'une personne juridique à l'intérieur de ce domaine d'attributions⁹. La situation des organismes administratifs autonomes est bien différente.

1.1.1.2.1. La délimitation législative des attributions de l'organisme

Les attributions de l'organisme administratif autonome sont définies par la loi, comme celles d'un département ministériel. Mais cette définition est exhaustive et limitative. Elle ne s'appuie pas sur une personnalité juridique préexistante, dotée d'une capacité juridique générale, comme c'est le cas pour les ministres de la Couronne. L'organisme administratif autonome — que la loi lui confère ou non la personnalité juridique — n'a de pouvoirs, de compétence, de « juridiction », que ce que lui attribue sa loi constitutive¹⁰. Au-delà de cette limite, dont la précision est au demeurant variable, il agit dans l'illégalité. Sa compétence ne saurait donc se présumer ; elle doit dans chaque cas reposer sur un texte.

6. Voir par exemple l'évolution des rapports entre le ministère des Transports et la Commission canadienne des transports : H.N. JANISCH, *Les rouages de la Commission canadienne des transports*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1978, pp. 123-143.

7. Par exemple, l'hypothèse de l'assujettissement de l'Hydro-Québec à la compétence de la Régie de l'électricité et du gaz, ou à celle d'une nouvelle Régie de l'énergie, ne fait pas l'unanimité.

8. R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, Québec, P.U.L., 1974, t. 1, pp. 60-70.

9. Cette compétence est précisément celle de la Couronne, personne juridique : P. GARANT, *supra*, note 4, pp. 30-33.

10. Parmi les très nombreux rappels de cette règle dans la jurisprudence, on peut citer celui de la Cour d'appel fédérale à propos de l'Office national de l'énergie dans l'arrêt *Saskatchewan Power Corporation c. Trans Canada Pipe Line*, [1981] 1 C.F. 192, p. 208.

1.1.1.2.2. La fonction dominante de l'organisme

La délimitation des attributions de l'organisme administratif autonome procède généralement par énoncé de fonctions. La décision de constituer un organisme autonome découle en effet de la constatation que les départements ministériels sont inadaptés à l'exercice d'une fonction étatique apparue comme nécessaire¹¹. Soit que les structures internes et le fonctionnement hiérarchisé de l'administration centrale paraissent peu compatibles avec la nature même de la fonction (par ex. une fonction de type juridictionnel). Soit que la forme ministérielle d'organisation ne se prête pas suffisamment à une représentation d'intérêts ou à une participation des citoyens qui paraît souhaitable. Soit encore que les contrôles financiers et budgétaires inhérents à l'administration centrale de l'État paraissent déplacés eu égard aux objectifs de la fonction (par ex. une fonction de type commercial). Soit enfin que l'intégration de la fonction à l'administration centrale l'expose à une « politisation » (au sens partisan du terme) jugée inacceptable. Les motifs d'attribution d'une fonction étatique à un organisme administratif autonome sont multiples et divers, et peuvent s'additionner dans tel ou tel cas. En général, cependant, l'un de ces motifs va jouer un rôle déterminant; c'est celui qui correspond à la fonction perçue comme la fonction dominante de l'organisme. Cette fonction dominante sera plus ou moins mise en évidence par la loi constitutive de l'organisme. Elle va également déterminer le choix entre différents types d'aménagement d'un organisme administratif autonome (quant à sa composition, ses pouvoirs, sa nature juridique, son degré d'autonomie et le genre de tutelle administrative qu'il convient de lui imposer). Ces types d'aménagement ne sont pas clairement démarqués au point de correspondre à des régimes juridiques distincts. On peut cependant dégager de la pratique du législateur certaines grandes catégories d'organismes administratifs autonomes, correspondant chacune à une fonction dominante.

1.1.1.2.3. Les catégories d'organismes administratifs autonomes

Ces catégories n'ont aucune existence constitutionnelle ou législative. Ce sont uniquement des synthèses doctrinales, qui exercent une certaine influence sur la production législative récente et l'interprétation judiciaire¹².

11. A. GÉLINAS, *Organismes autonomes et centraux de l'administration québécoise*, Montréal, P.U.Q., 1975, pp. 21-62.

12. *Id.*, pp. 75-101; R. DUSSAULT, *supra*, note 8, pp. 79-143; *Rapport (LAMBERT) de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité*, Ottawa, 1979, pp. 319-332; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les organismes administratifs autonomes* (Doc. de trav. 25), Ottawa, 1980, pp. 42-48.

Six grands groupes d'organismes administratifs autonomes ont ainsi été identifiés. Outre une fonction dominante commune, ils partagent un certain nombre de caractéristiques quant à leur organisation et à leurs pouvoirs.

Ainsi, on a distingué un certain nombre d'*organismes consultatifs*, dont la fonction dominante consiste à fournir des avis au gouvernement ou à un ministre, soit sur un thème général, soit sur des questions précises qui lui sont déferées par l'autorité consultante¹³. Généralement désignés par le gouvernement, les membres de ces organismes sont censés refléter un dosage variable de points de vue ; ils comprennent parfois un nombre restreint de fonctionnaires des départements ministériels. Le caractère des rapports entre l'organisme consultatif et l'autorité qui le consulte est déterminé par le degré d'insertion de l'opération consultative dans le processus décisionnel, par le degré d'initiative laissé à l'organisme consultatif dans le choix des objets de consultation et par le degré de publicité de la consultation.

Une seconde catégorie rassemble les *organismes de gestion administrative*. Particulièrement malaisée à définir, elle présente un très grand nombre de variantes. Si la recherche d'autonomie ou de spécialisation, et donc le recours à un organisme administratif autonome, s'expliquent souvent ici par la nature de la mission, il reste un certain nombre de cas où la décentralisation de la fonction ne peut s'expliquer que par des contingences historiques. Le caractère hétéroclite de cette catégorie d'organismes autonomes ressort notamment de la diversité des contrôles de tutelle qui s'exercent sur eux.

Une troisième catégorie rassemble les organismes administratifs autonomes spécialisés dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle : les *tribunaux administratifs*. Dans une acception élargie, constitue un tribunal administratif tout organe décentralisé de l'administration — ou même, à la limite, toute autorité administrative — exerçant une fonction juridictionnelle, que cette fonction soit la seule fonction exercée par cet organe, sa fonction dominante, ou l'une de ses diverses fonctions¹⁴. Il convient cependant de réserver l'appellation de tribunal administratif aux seuls organismes investis de fonctions exclusivement juridictionnelles. Dans le domaine de compétence qui lui est limitativement attribué par la loi, le tribunal administratif statue selon des règles de droit préexistantes, sans égard à des considérations extra-juridiques, sur des contestations entre parties, dont l'une sera souvent un

13. A. BACCIGALUPO, « L'administration consultative au Québec », (1977) 30 *Rev. adm.* 409 ;
L. BROWN-JOHN, « Advisory Agencies in Canada : an Introduction », (1979) 22 *Adm. pub.*
Can. 72.

14. G. PÉPIN, *Les tribunaux administratifs et la Constitution*, Montréal, P.U.M., 1969, pp. 43-69.

autre organe de l'administration. Dès lors, il est admis que le tribunal administratif doit jouir, dans l'exercice de cette fonction, d'une réelle indépendance par rapport aux dirigeants politiques.

Les *organismes de régulation* forment une quatrième catégorie¹⁵. Ils sont souvent confondus dans une notion extensive du tribunal administratif¹⁶. Certes, il y a dans les deux cas décentralisation de la fonction juridictionnelle pour des motifs analogues : technicité du domaine de compétence, souci d'efficacité et d'accessibilité que la lourdeur du processus judiciaire classique ne permet pas de satisfaire, recherche d'un forum impartial. Mais, comme on le verra, l'organisme de régulation n'est pas limité à l'application de normes juridiques objectives : il tient compte de normes subjectives ou même extra-juridiques. La fonction de régulation, on le verra également, débordé la seule fonction juridictionnelle¹⁷.

La cinquième catégorie se distingue nettement des précédentes. L'*entreprise publique* (« société d'État » au Québec, « corporation de la Couronne » au Canada) est un organisme administratif autonome constitué en personne morale, disposant d'un patrimoine public et affecté à une tâche industrielle, commerciale ou financière. En principe dotée d'une large autonomie, elle est vouée à s'intégrer à l'activité économique nationale dans une double perspective de profit et d'intérêt général. Néanmoins, elle est parfois soumise

15. On emploie souvent, pour parler des organismes québécois de régulation, le terme « régie ». Cet usage n'est guère souhaitable, vu le laxisme terminologique du législateur, qui coiffe de ce vocable des organismes fort divers, et dont certains n'ont que peu à voir avec la régulation économique : Régie des installations olympiques, Régie de l'assurance-maladie, Régie de la sécurité dans les sports, Régie des loteries et courses, Régie de l'électricité et du gaz, etc.

16. Voir G. PÉPIN, « Les régies v. le citoyen », (1978) 38 *R. du B.* 478, pp. 480-485 ; P. GARANT, *supra*, note 4, pp. 117-119.

17. Parmi les nombreuses études consacrées à ces organismes, on pourra notamment consulter : R. BARBE, *Les organismes québécois de régulation des entreprises d'utilité publique*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1980 ; L. BROWN-JOHN, « Defining Regulatory Agencies for Analytical Purposes », (1976) 19 *Adm. pub. Can.* 140 ; L. BROWN-JOHN, *Canadian Regulatory Agencies*, Toronto, Butterworths, 1981 ; B. DOERN et al., « The Structure and Behaviour of Canadian Regulatory Boards », (1975) 18 *Adm. pub. Can.* 189 ; B. DOERN (dir.), *The Regulatory Process in Canada*, Toronto, Macmillan, 1978 ; H.N. JANISCH, « The Role of the Independent Regulatory Agency in Canada », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 83 ; H.N. JANISCH, *supra*, note 2 ; R. SCHULTZ, « Regulatory Agencies and the Dilemma of Regulation », p. 89, in O.P. DWIVEDI (dir.), *The Administrative State in Canada*, Toronto, U. of T. Press, 1982 ; W. STANBURY (dir.), *Government Regulation : Scope, Growth, Process*, Montréal, Inst. de recherches politiques, 1980 ; W. STANBURY et F. THOMPSON, *Regulatory Reform in Canada*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1982.

à certaines formes de tutelle administrative quant à ses décisions les plus importantes¹⁸.

Enfin, une sixième catégorie, celle des *établissements publics*, est particulière au droit public québécois. Y figurent des organismes autonomes dotés de la personnalité morale et chargés de l'organisation et de la gestion de services publics dans les secteurs de l'éducation de la santé et des services sociaux. Ils se distinguent des entreprises publiques par la nature de leur mission, qui ignore la notion de profit, par le caractère souvent local ou régional de leur activité, et par l'étendue de la tutelle qui s'exerce sur eux.

Ces catégories, il faut le rappeler, reposent sur la fonction dominante de l'organisme. Aussi ne faut-il pas s'étonner que certains organismes présentent, vu la pluralité de leurs fonctions, un caractère hybride, notamment en regard des quatre premières catégories. Le cas de certains organismes de régulation illustre ce problème, qui dépasse le niveau du simple étiquetage à des fins de classement : il en sera question plus loin.

1.1.2. La notion de régulation économique

Une seule de ces six catégories d'organismes autonomes retiendra désormais l'attention. Il reste à en définir la fonction caractéristique : la régulation économique. Il convient, avant de le faire, de rappeler que cette forme d'action administrative n'épuise pas la totalité des interventions de l'État dans la vie économique. Une fois précisés, avec le bénéfice d'une perspective historique, la notion de régulation économique et les objectifs qu'elle poursuit, on pourra esquisser les grandes techniques juridiques de la régulation. Ces techniques feront l'objet de plus longs développements dans la seconde partie du texte, à l'aide d'illustrations tirées de la régulation du secteur énergétique¹⁹.

18. P. GARANT, *supra*, note 4, pp. 97-105 ; A. GÉLINAS (dir.), *L'entreprise publique et l'intérêt public*, Toronto, Inst. d'adm. pub. du Canada, 1978 ; J. W. LANGFORD, « The Identification and Classification of Federal Public Corporations : A Preface to Regime Building », (1980) 23 *Adm. pub. Can.* 76.

19. Parmi les études consacrées aux organismes fédéraux et québécois de régulation du secteur énergétique, on pourra consulter : D. BOURQUE, *La Commission de contrôle nucléaire : une nouvelle venue dans la famille des tribunaux administratifs*, Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1980 ; B. CLOUTIER et L. OUELLET, « Pour une Régie de l'énergie », Québec, ENAP, 1981 (polycop.) ; B. DOERN, *La Commission de contrôle de l'énergie atomique*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1977 ; H.N. JANISCH, *supra*, note 6 ; C. JOHNSTON, *Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1981 ; P. GARANT, *La Régie des services publics*, Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1977 ; P. GARANT, « Réflexions sur la Régie de l'électricité et du gaz et son avenir »,

1.1.2.1. La régulation, une option d'intervention étatique

Selon la philosophie économique libérale qui prévaut en Amérique du Nord, le rôle de l'État dans l'activité économique ne doit être que passif, supplétif et limité. Telle est du moins la pensée orthodoxe. Au Canada et au Québec, cependant, la pratique montre que ni l'opinion publique, ni les dirigeants politiques ne s'en tiennent à cette thèse. Deux influences les en ont éloignés : celle des idées socialistes européennes, notamment britannique, et celle d'une tradition conservatrice de déférence et de dépendance envers l'État. Aussi a-t-on vu se développer graduellement, au nord du 49^e parallèle, trois grands types d'intervention étatique — ainsi que l'appareil administratif correspondant.

1.1.2.1.1. La police économique classique

La première forme d'intervention reste fondamentalement conforme au modèle ancien de l'État-gendarme. Elle comporte la mise en place par l'État d'une infrastructure matérielle et intellectuelle de base (par ex. aménagement de ports, fixation des poids et mesures, énonciation des règles fondamentales des relations commerciales). Elle reconnaît à l'État un rôle légitime d'auxiliaire de l'initiative privée, voire d'incitateur à cette initiative, au moyen de subventions ou de garanties consenties sur le trésor public. Elle admet que l'État utilise la fiscalité comme instrument d'orientation de l'activité économique : impositions, droits de douane, dégrèvements et avantages fiscaux. Elle n'interdit pas à l'État de recourir, pour réaliser ses vues en matière économique, à des procédés non coercitifs : persuasion, négociation, pressions diverses. Mais dans son acception traditionnelle, elle ne tolère qu'une réglementation minimale des produits ou des processus de production à des fins de salubrité, de sécurité ou de protection du travailleur et du consommateur. L'effet cumulé de ces divers procédés indirects de police économique n'est pas négligeable, d'autant moins que l'on a largement étendu, ces dernières décennies, les notions d'« incitation à l'initiative privée » et surtout de « réglementation minimale ». D'où le courant néo-libéral de « déréglementation », beaucoup moins virulent il est vrai qu'aux États-Unis.

Sur le plan de l'organisation administrative, on peut noter que la formule du département ministériel paraît tout à fait adaptée aux tâches de

Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1981 (polycop.) ; A. LUCAS et T. BELL, *L'Office national de l'énergie*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1977 ; J. SWAIGEN et E.D. BOYDEN, « Federal Regulation of Nuclear Facilities in Canada : Better Safe than Sorry », (1980-81) 45 *Sask. L. Rev.* 53 ; B. FISHER, « The Role of the National Energy Board in Controlling Export of Natural Gas from Canada », (1971) 9 *Osg. Hall L.J.* 553.

la police économique classique. Mis à part les services fiscaux et douaniers, certains services publics essentiels et une fonction d'inspection dont le développement est lié à celui de la réglementation, la police économique de type classique n'exige qu'un appareil administratif léger, très centralisé et confiné à des tâches d'exécution.

1.1.2.1.2. L'appropriation publique de l'appareil économique

La seconde forme d'intervention étatique représente une rupture complète avec l'orthodoxie économique nord-américaine. Aussi la transformation de l'État en acteur économique, au moyen de l'entreprise publique, demeure-t-elle pour beaucoup un objet de scandale. L'expansion récente du secteur économique public ou mixte, par la création d'entreprises nouvelles, par quelques nationalisations et surtout par les techniques du holding public et de la création ou acquisition de filiales, permet à certains de retourner contre l'État l'accusation de concentration abusive, naguère réservée aux grands groupes privés. Ni l'opposition idéologique qu'elle continue de soulever, ni même l'affaiblissement des moyens de l'État en raison de la crise économique, n'ont jusqu'ici réellement freiné le développement de l'entreprise publique. Le secteur de l'énergie n'est d'ailleurs pas le moins marqué par cette évolution : on en verra plus loin certaines conséquences.

1.1.2.1.3. La régulation économique par un organisme administratif autonome

La troisième forme d'intervention étatique représente un moyen ferme. Elle ne fait pas de l'État un acteur économique direct, concurrent de l'entreprise privée ou bénéficiaire d'un monopole. Mais, du moins à l'époque actuelle, elle ne confine pas non plus l'État à un rôle de garant du fonctionnement d'un système économique déterminé pour l'essentiel en dehors de lui. L'État qui intervient par le canal de la régulation économique se pose à la fois en dispensateur d'avantages, en arbitre d'intérêts divergents et en définisseur de sujétions. En contrepartie des bienfaits que leur procure une stabilisation de leur marché, l'État assujettit les entreprises à un contrôle de leur accès au marché et de leur comportement sur le plan technique et commercial. Cette dépendance d'acteurs économiques privés envers l'État, donc envers les dirigeants politiques, n'a paru tolérable que moyennant l'interposition d'un organisme administratif relativement autonome. Cette autonomie signifie notamment que l'organisme est relativement plus proche du milieu économique privé qu'il a pour mission de réglementer. Sans qu'on puisse parler d'auto-régulation, il est convenu que l'organisme de régulation doit manifester une indiscutable compréhension (aux sens cognitif et affectif

du terme) du secteur économique concerné. En fait, l'acceptation de la régulation par les entreprises est souvent facilitée par l'importance des avantages qu'elles retirent de la stabilisation du marché, sous les rapports de la concurrence, des prix, de la clientèle : la régulation, on le verra, est liée à la notion de monopole, de situation protégée.

Ainsi divers secteurs de l'économie ont-ils été, depuis le début du siècle, progressivement soumis à régulation par un organisme administratif autonome²⁰. Les premières visées ont été les entreprises assurant des services publics plus ou moins essentiels : transports, communications, énergie²¹. La croissance et la diversification de ces secteurs ont entraîné un développement correspondant de leur régulation par l'État. Ils demeurent aujourd'hui les modèles les plus significatifs. Également d'origine assez ancienne, la régulation du commerce de l'alcool reproduit ces modèles à l'échelle de petites entreprises locales²². Le commerce des valeurs mobilières est lui aussi soumis à régulation selon des modalités comparables²³. Plus récemment, des formes particulières de régulation ont été appliquées, notamment au Québec, au secteur agricole et à celui des professions libérales²⁴. La décision d'assujettir

20. M. PRIEST et A. WOHE, « The Growth of Federal and Provincial Regulation of Economic Activity, 1867-1918 », p. 69, in W. STANBURY (dir.), *supra*, note 17; S. HYSON, « Federal Administrative Agencies: Origins and Evolution », Ottawa, Commission de réforme du droit, 1975 (polycop.); T. TRAVES, *The State and Enterprise: Canadian Manufacturers and the Federal Government, 1917-1931*, Toronto, U. of T. Press, 1979.

21. R. BARBE, *supra*, note 17, pp. 33-42; J. LÉVEILLÉE et al., « Évolution de la législation relative à l'espace urbain au Québec », (1981-82) 16 R.J.T. 19, pp. 35, 45-51. Dans le secteur des transports, les principaux textes législatifs sont la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17 et modif., la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2 et modif. et la *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12; dans le secteur des communications, la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, c. B-11 et modif. et la *Loi sur la Régie des services publics*, L.R.Q., c. R-8. Sur les organismes de régulation dans ces deux secteurs, H.N. JANISCH, *supra*, note 6; C. JOHNSTON, *supra*, note 19; P. GARANT, *supra*, note 19 (1977).

22. Voir la *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.Q., c. P-9.1, dont les origines remontent à la loi de 1795: *Acte pour accorder à sa Majesté des droits sur les licences de colporteurs, portecassettes et petits marchands, et pour régler leur trafic; et pour accorder une augmentation de droits sur les licences de personnes qui tiennent des maisons publiques, ou qui détaillent du vin, de l'eau-de-vie, rhum ou autre liqueur forte dans cette Province et pour les régler*, 34 Geo. III c. 8 (B.-C.).

23. Voir la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1; H.L. FORTIN et N. ANTAKI, « La Commission des valeurs mobilières du Québec », Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1976, (polycop.); M. CHARBONNEAU, « La Commission des valeurs mobilières du Québec », (1977) 20 *Adm. pub. Can.* 87.

24. Voir la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*, L.R.Q., c. M-35; P. GARANT, *La Régie des marchés agricoles: organisme de régulation économique et tribunal administratif*, Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1981; et le *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, « La réforme des professions au Québec », (1974) 17 *Adm. pub. Can.* 422.

un secteur d'activité économique à la régulation par un organisme administratif repose sur la constatation que ce type d'activité met en jeu un intérêt général essentiel, qui serait compromis si son évolution devait être entièrement laissée à l'initiative privée. Cet intérêt peut être la continuité et l'accessibilité du service, la protection contre les dangers inhérents à certains produits, le maintien ou au contraire la réduction de la concurrence, la rentabilité des entreprises, la qualité des services, etc. Le choix de la régulation comme mode d'intervention étatique suppose en outre un constat d'insuffisance des autres modes. Ainsi, les procédés de la police économique classique doivent avoir été jugés inaptes à garantir par eux-mêmes cet intérêt essentiel — même par le développement de la réglementation et des sanctions pénales. Par ailleurs, l'appropriation publique de l'appareil économique doit avoir été jugée impossible ou inacceptable. Dans bien des cas, le choix sera d'autant plus facile à faire que l'intervention sous forme de régulation répond à la fois aux vœux des entreprises elles-mêmes et à ceux du public usager ou consommateur, qui cherchent pour des raisons différentes une protection contre les risques inhérents au libre jeu du marché.

1.1.2.2. La notion classique de régulation économique

On reprendra ici la définition de la régulation économique retenue par le Conseil économique du Canada²⁵. Selon cet organisme consultatif fédéral, la régulation économique est *l'imposition par l'État de règles renforcées par des sanctions et ayant pour objet délibéré de modifier le comportement économique d'acteurs économiques privés*. Il faut cependant préciser à notre avis que cette imposition par l'État s'effectue *par l'intermédiaire d'un organisme administratif autonome*. En effet, les travaux du Conseil concernaient la *regulation* (en anglais), qui englobe à la fois la notion de réglementation (encadrement réglementaire) par une autorité publique quelconque et la notion de régulation qui, comme on le verra plus loin, utilise entre autres techniques la réglementation²⁶. La définition du Conseil économique du Canada comporte trois éléments essentiels.

1.1.2.2.1. L'application à l'activité économique privée

En principe, la régulation d'un secteur économique par un organisme administratif autonome et l'appropriation publique de tout ou partie de

25. Formulée par M. PRIEST, W. STANBURY et F. THOMPSON, « On the Definition of Economic Regulation », p. 1, in W. STANBURY (dir.), *supra*, note 17, cette définition a été reprise par le Conseil dans ses rapports de 1979 (*Rationalisation de la réglementation publique*) et 1981 (*Pour une réforme de la réglementation*).

26. Voir sur ce point R. BARBE, *supra*, note 17, pp. 4 et 14.

l'appareil économique dans ce secteur se présentent comme des options distinctes. Le recours à l'une exclut théoriquement le recours à l'autre. Les deux modes d'intervention semblent relever d'une conception différente des rapports entre l'État et la vie économique.

En pratique, dans le contexte canadien et québécois, cette exclusion réciproque n'est pas respectée. On en examinera plus loin les conséquences. Qu'il suffise ici de signaler que l'intervention étatique par la régulation se présente comme un *contrôle sur* l'activité économique, plutôt que comme une *action dans* la vie économique. L'État contrôleur doit, dans cette perspective, rester extérieur au milieu économique qu'il prétend régir ; il doit préserver sa crédibilité comme arbitre neutre, objectif et uniquement préoccupé de l'intérêt général, entre les intérêts divergents des acteurs privés. À l'exigence, déjà évoquée, d'une familiarité avec le secteur économique visé se juxtapose, en contrepoids, une exigence d'impartialité dont on appréciera plus loin l'importance.

1.1.2.2.2. Le recours à des procédés coercitifs

La régulation se distingue encore de l'intervention au moyen d'une entreprise publique, ainsi que de la majeure partie de la police économique classique, par son recours exclusif à des procédés coercitifs directs²⁷. Les autres modes d'intervention — mis à part le volet réglementaire de la police économique classique — recourent à des moyens indirects pour modifier le comportement des acteurs économiques privés. La régulation, au contraire, leur impose des normes qui exigent ou prohibent certains comportements, sous peine de sanctions qui ne sont pas exclusivement, ni même principalement, pénales, mais plutôt économiques (retrait de privilèges ou de monopoles). Il s'agit donc d'encadrer directement et activement, par une contrainte continue, le comportement des acteurs économiques privées, et non pas indirectement comme on peut le faire par les autres modes d'intervention étatique, ou passivement comme par la réglementation classique.

1.1.2.2.3. La volonté de modifier des comportements économiques

Le recours au commandement et à un éventail de sanctions pour contraindre les acteurs économiques au respect de l'intérêt général procède d'une volonté délibérée et calculée d'intervention, visant des personnes et des objectifs précis²⁸. Les autres modes d'intervention économique, étant donné

27. M. PRIEST, W. STANBURY et F. THOMPSON, *supra*, note 14.

28. *Ibid.*

leur caractère largement indirect, ne présentent pas le même degré de concentration de leurs effets. Les mesures fiscales, par exemple, ou la mise en place d'une entreprise publique, sans monopole ne permettent souvent pas une prévision parfaite de leurs effets : elles peuvent ne pas aboutir aux résultats recherchés, et produire des effets secondaires, non recherchés.

Cette application délibérée de procédés coercitifs vise à modifier des comportements, à réduire l'autonomie des acteurs économiques. L'entreprise est plus ou moins privée de sa marge traditionnelle d'initiative par le contrôle qu'exerce l'organisme de régulation sur l'accès au marché, sur les qualités et aptitudes des acteurs autorisés à y accéder, sur les caractéristiques techniques de leurs moyens d'exploitation, sur les conditions de cette exploitation (caractéristiques des modes de production et des produits, rapports avec les usagers-consommateurs), et enfin sur les prix et les bénéfices. Ce sont donc les comportements proprement économiques des entreprises qui font l'objet de la régulation.

1.1.2.3. La notion élargie de régulation économique

La finalité première de la régulation économique est donc l'imposition d'un certain ordre à un secteur d'activité économique — imposition qui, on doit le rappeler, répond souvent au vœu des assujettis eux-mêmes. Depuis déjà longtemps, cependant, cet « aménagement économique » s'est coloré de finalités étrangères à l'économie²⁹.

1.1.2.3.1. La finalité de protection sociale

L'imposition de normes à l'entreprise, notamment quant aux caractéristiques de ses modes de production ou de ses produits, est l'occasion de poursuivre des objectifs de protection sociale. Ainsi, la régulation du commerce de l'alcool est l'occasion de lutter contre l'abus de l'alcool ; celles des entreprises d'extraction de l'uranium ou de transport du gaz, de veiller à la protection des travailleurs. Quelquefois même, comme dans la régulation des professions libérales, les objectifs de protection sociale éclipsent très largement ceux de l'aménagement proprement économique³⁰.

29. *Ibid.*

30. *Code des professions*, *supra*, note 24, art. 23 : « Chaque corporation [professionnelle] a pour principale fonction d'assurer la protection du public ». Art. 12 : « L'Office [des professions] a pour fonction de veiller à ce que chaque corporation assure la protection du public. » Sur le sens de cet objectif, voir N. ANTAKI *et al.*, « Étude préliminaire sur la notion contemporaine de protection du public », Québec, Faculté de droit de l'Université Laval, 1980 (polycop.).

1.1.2.3.2. La finalité de protection et d'aménagement du milieu

Le contrôle exercé par l'organisme de régulation sur les caractéristiques des moyens de production est l'occasion de veiller à la protection de l'environnement naturel et de promouvoir un aménagement harmonieux et rationnel de l'espace. Ainsi, l'organisme de régulation saisi d'un projet de pipeline, de centrale nucléaire ou d'émetteur de télécommunications, ne se bornera pas à considérer leur répercussion sur le circuit économique ambiant, ni même leurs caractéristiques techniques : son examen va s'étendre aux effets du projet sur l'environnement physique et humain ^{30.1}.

1.1.2.3.3. La finalité de développement culturel

Plus audacieusement encore, la régulation économique moderne va déboucher sur des préoccupations telles que la « promotion de la culture » ou la « qualité de la vie ». Particulièrement notable à cet égard est l'évolution de la régulation des entreprises de radio et télédiffusion : de façon toujours plus marquée, l'objet du contrôle exercé par l'organisme fédéral de régulation s'est déplacé vers le contenu de la programmation (publicité, « production locale », contenu canadien, etc.) ³¹. La régulation du commerce de l'alcool, par ailleurs, tient compte aujourd'hui de la « qualité de la vie » des habitants du quartier où l'on projette d'exploiter un débit de boissons ³².

1.1.2.4. Les objectifs de la régulation économique

Même si l'on fait abstraction de cet élargissement des finalités de la régulation, pour ne considérer que sa finalité proprement économique, on constate une évolution sensible des objectifs de ce mode d'intervention étatique ³³. Cette évolution ne s'est pas faite de façon systématique et uniforme : si aujourd'hui peu d'organismes de régulation témoignent encore de son premier stade, tous n'ont pas encore atteint le dernier — spécialement au Québec.

30.1 Voir par exemple A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 32-35.

31. La légalité de cette extension donnée à la régulation « économique » des entreprises de radiodiffusion a été reconnue par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *CKOY c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 2.

32. *Loi sur les permis d'alcool*, *supra*, note 22, art. 41.

33. R. SCHULTZ, *supra*, note 17.

1.1.2.4.1. La simple police économique

La mission des organismes de régulation mis en place au début du siècle ne débordait guère le cadre de la police économique classique. Il s'agissait essentiellement d'une surveillance d'activités privées en fonction de critères relativement circonscrits. L'originalité essentielle de l'institution à cette époque résidait dans le caractère décentralisé de l'organisme, ainsi placé à quelque distance des organes politiques dirigeants de manière à pouvoir jouer de façon acceptable pour le secteur privé un rôle d'arbitre, impartial et techniquement compétent. On retiendra de ces prototypes de l'organisme de régulation l'image proposée par Richard Schultz : celle du policier faisant sa ronde. Respecté mais bienveillant, ce surveillant limitait son intervention à l'approbation des tarifs, à l'arbitrage des différends concernant leur application, et à l'élaboration d'une réglementation technique minimale des moyens et conditions d'exploitation.

1.1.2.4.2. La promotion d'un secteur économique

À ces objectifs primaires de la régulation est d'abord venue s'ajouter une volonté plus claire de rationaliser l'activité économique dans le secteur concerné. L'organisme de régulation s'est vu confier à cette fin des pouvoirs beaucoup plus étendus visant les entreprises elles-mêmes, et non plus seulement certains aspects de leur exploitation. Il a été chargé d'appliquer, voire même de concevoir, des exigences préalables à l'accès au marché, concernant par exemple la propriété, l'assise financière et les conditions de gestion de l'entreprise. On l'a fréquemment investi du pouvoir de préserver au sein du secteur visé le degré de concurrence qui permettait d'assurer à la fois la viabilité des entreprises, la qualité du service et la modicité des prix. Forçant un peu le trait, on pourrait parler de « despotisme éclairé » pour décrire l'ampleur des pouvoirs de l'organisme, en même temps que sa sensibilité à l'ensemble des caractéristiques économiques du secteur.

1.1.2.4.3. L'orientation de l'économie

Le troisième stade de l'évolution des organismes de régulation fait d'eux des auxiliaires ou même des mandataires des organes politiques dirigeants dans l'organisation globale de l'économie. Certes, leur activité reste axée sur un secteur de l'activité économique. Mais la perspective de leur intervention change : au-delà de l'entreprise, elle s'adresse aussi au secteur économique considéré comme un ensemble et même comme un élément du système économique national. À cette perspective macro-économique viennent souvent se greffer les finalités de protection sociale, d'aménagement de

l'espace et de développement culturel dont il a déjà été question. Le régulateur devient aussi un ordonnateur. Cette évolution est d'autant plus marquée qu'elle se double d'une tendance à élargir le champ d'action des organismes de régulation par une définition plus englobante des secteurs soumis à régulation ou par le regroupement de secteurs jusque-là traités séparément. Le caractère le plus notable de ce troisième stade est une modification sensible du rôle de l'organisme de régulation dans la transmission de l'impulsion politique. Jusque-là, en effet, l'impulsion politique restait pour l'organisme une donnée relativement complète en elle-même, dont il lui incombait essentiellement de développer les conséquences par l'application concrète. À ce troisième stade, l'élargissement des perspectives de la régulation rend plus difficile la formulation d'impulsion précise par les organes politiques dirigeants : l'organisme de régulation est souvent appelé à dégager lui-même des orientations politiques dans le prolongement de celles qui lui sont transmises. C'est alors, on le verra plus loin, que se pose de façon aiguë le problème du contrôle par les organes politiques dirigeants et celui de la participation des citoyens.

1.1.2.5. Les techniques juridiques de la régulation

L'ensemble des pouvoirs que cette évolution conduit à remettre aux organismes administratifs autonomes de régulation économique est considérable. Certains ont présenté ces organismes comme une reproduction, à l'échelle d'un secteur économique, d'un appareil d'État : c'est ce qu'exprime en anglais la notion imagée de *mini-government*. Un État dans l'État ? L'expression paraît un peu forte, puisque subsistent tout de même des liens de subordination entre l'organisme de régulation et l'appareil administratif général, au moyen de la tutelle administrative exercée par les organes politiques dirigeants. L'image a du moins le mérite de signaler la présence, au sein de l'organisme de régulation, des trois types classiques de pouvoirs de l'État.

1.1.2.5.1. Les pouvoirs réglementaires

Instrument hérité de la police économique classique, les pouvoirs réglementaires tiennent aussi une large place dans l'action de plusieurs organismes de régulation. Voici par exemple ceux que confère à la Régie de l'électricité et du gaz du Québec la *Loi sur la distribution du gaz*³⁴ :

2. La régie peut adopter des règlements relatifs à la sécurité publique et à la prévention des accidents pouvant résulter du transport, de la possession, de

34. L.R.Q., c. D-10.

la distribution et de l'usage du gaz au Québec. Sans restreindre la portée du pouvoir général de réglementation ci-dessus, la régie peut, en particulier :

- a) réglementer la construction, la réparation, l'entretien, le remplacement et l'inspection de tout système de transport, réseau de distribution, conduit, appareil et tuyauterie servant aux fins du transport, de la distribution et de la consommation ;
 - b) désigner une ou des organisations pour éprouver les appareils à gaz, vérifier s'ils rencontrent les conditions spécifiées par la régie et y apposer leur sceau d'approbation, si l'épreuve est favorable ;
 - c) décréter que seuls les appareils à gaz approuvés par la régie ou munis du sceau d'approbation d'une organisation visée au paragraphe précédent pourront, à compter d'une date spécifiée, être installés à Québec ;
 - d) réglementer l'entreposage, l'emmagasiner, le transport et la manutention de tout gaz autrement qu'au moyen de conduits ;
 - e) adopter en cette matière, toute autre mesure susceptible de contribuer à la sécurité publique.
3. La régie peut aussi, par règlement, accepter et rendre obligatoires, en entier ou en partie, avec les changements qu'elle juge opportuns, tout code ou tous standards techniques qu'elle juge appropriés et conformes à l'intérêt public, relativement aux appareils à gaz et aux systèmes de transport ou réseaux de distribution de gaz.
- La régie est autorisée à exercer elle-même ou à déléguer l'exercice des pouvoirs d'approbation prévus par ces codes ou standards techniques.

Dans d'autres cas, cependant, on peut observer que le pouvoir réglementaire visant les activités des entreprises soumises à régulation a été pour l'essentiel réservé au gouvernement : c'est le cas par exemple, dans le secteur du transport routier au Québec³⁵. En pratique, cependant, l'organisme de régulation sera au moins consulté dans l'élaboration de ces règlements. Même lorsque le titulaire du pouvoir réglementaire est l'organisme de régulation, la loi en assujettit fréquemment l'exercice à l'approbation du gouvernement³⁶. Plus ambiguë est la situation où l'organisme de régulation qui ne possède pas de pouvoir manifeste d'adopter des règlements peut néanmoins formuler des règles susceptibles d'application générale dans le secteur visé. Le caractère réglementaire de ces textes n'est pas évident, à la lecture de la loi habilitante³⁷. Le leur reconnaître pose le problème de leurs rapports avec les règlements établis par le gouvernement. Le leur nier oblige à définir une catégorie d'actes dénués de valeur normative³⁸.

35. *Loi sur les transports*, *supra*, note 21, art. 5.

36. C'est le cas par exemple, en droit énergétique fédéral, des pouvoirs réglementaires de la Commission de contrôle de l'énergie atomique (*Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, S.R.C. 1970, c. A-19, art. 9) et de l'Office national de l'énergie (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C., c. N-6 et modif., art. 39(2) et 88).

37. Voir notamment la *Loi sur la Régie des services publics*, *supra*, note 21, art. 20B), 32, 33, 38 et 44.

38. P. GARANT, *supra*, note 21, pp. 82-113 ; P. GARANT et P. ISSALYS, *Loi et règlement*, Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1981, pp. 46-60.

1.1.2.5.2. Les pouvoirs juridictionnels

Si la pratique du législateur montre que les pouvoirs réglementaires, quoiqu'indispensables à la régulation, ne sont pas toujours considérés comme un attribut essentiel de l'organisme de régulation, il n'en va pas de même de leurs pouvoirs juridictionnels. Sauf exception, en effet, la présence d'une fonction juridictionnelle est une caractéristique des organismes de régulation : on a vu d'ailleurs qu'elle conduisait souvent à les englober dans une notion large de tribunal administratif. La nécessité apparente de recourir à un processus juridictionnel a d'ailleurs joué un rôle généralement important dans la décision de créer un organisme autonome de régulation : c'est là en effet une tâche que l'administration centrale semble particulièrement peu apte à assumer³⁹.

Encore faut-il s'entendre sur ce qui constitue une fonction juridictionnelle. Il s'agit là d'un problème de droit administratif général, qui présente cependant des difficultés particulières dans le cas des organismes de régulation. On a vu en effet que ceux-ci, à la différence des tribunaux administratifs *stricto sensu*, ne se bornent pas à l'application de normes objectives, ni même de normes uniquement juridiques. Aussi la qualification de certaines de leurs fonctions comme juridictionnelles doit-elle reposer sur le cadre procédural qui leur est imposé par la loi. Ainsi, lorsque ce cadre procédural prévoit par exemple, l'audition des parties dont les droits ou intérêts sont susceptibles d'être touchés, on considérera qu'il s'agit d'un processus juridictionnel (« judiciaire » ou du moins « quasi judiciaire », selon la terminologie reçue). Cette qualification emporte des conséquences importantes sur lesquelles il n'y a pas lieu d'insister ici. Il importe plutôt de souligner ici que certains pouvoirs des organismes de régulation, notamment celui d'accorder, de suspendre, de retirer et de renouveler des monopoles, des privilèges d'exploitation, des permis et autorisations diverses, sont en général susceptibles d'être qualifiés de juridictionnels. Tout dépendra du degré d'assujettissement de tels actes à une procédure analogue à celle d'un tribunal judiciaire. Les textes doivent ici servir de guide⁴⁰. Mais leur rédaction est parfois ambiguë,

39. *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, pp. 384-385 et 389.

40. Le cas de la Commission de contrôle de l'énergie atomique est significatif. Le législateur n'ayant pas indiqué avec suffisamment de clarté une volonté d'assujettir les décisions de la Commission — notamment en matière d'aménagement de centrales nucléaires — à un processus juridictionnel, les possibilités de participation des citoyens se sont trouvées sensiblement réduites : *S.E.A.P. v. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1977] 2 C.F. 473 ; *AGIP v. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1979] 1 C.F. 223 ; *Croy v. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1981] 1 C.F. 515.

comme en témoignent ces dispositions de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, qui laissent en suspens la question de savoir si la procédure d'audience publique s'applique aux demandes de licences :

20. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les auditions de l'Office doivent être publiques en ce qui regarde la délivrance, la révocation ou la suspension de certificats ou de licences concernant l'exportation du gaz ou de la force motrice ou l'importation du gaz ou donnant la permission d'abandonner l'exploitation d'un pipeline ou d'une ligne internationale de transmission de force motrice.
81. Sauf ce qui est autorisé sous le régime des règlements, une personne ne doit exporter du pétrole, du gaz ou de la force motrice, ou importer du pétrole ou du gaz, que sous l'autorité et en vertu d'une licence délivrée selon la présente Partie.
83. Lorsqu'une demande de licence lui est présentée, l'Office doit tenir compte de toutes les considérations qui lui semblent pertinentes ; il doit notamment
 - a) s'assurer que la quantité de pétrole, de gaz ou de force motrice à exporter ne dépasse pas l'excédent après la déduction voulue pour les besoins d'utilisation raisonnablement prévisibles au Canada, eu égard, dans le cas d'une demande d'exportation de pétrole ou de gaz, à l'orientation de la découverte du pétrole ou du gaz au Canada ;
 - b) s'assurer que le prix devant être exigé par le requérant, pour de la force motrice par lui exportée, est juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public ; et
 - c) lorsque du pétrole ou du gaz doit être importé ou qu'il doit être exporté et par la suite importé, l'Office doit tenir compte de la distribution équitable du pétrole ou du gaz, selon le cas, au Canada⁴¹.

L'incertitude quant au caractère obligatoirement juridictionnel de certains actes n'est pas sans répercussions sur certaines formes de participation, comme on le verra plus loin.

1.1.2.5.3. Les pouvoirs administratifs

Sous cette rubrique apparaissent un ensemble de pouvoirs divers, attributs inhérents ou usuels de l'appareil administratif de l'État. Les uns concernent la gestion interne de cet appareil ; les autres entrent dans les rapports entre l'administration et les citoyens. Deux de ces pouvoirs méritent d'être signalés à propos des organismes autonomes de régulation : le pouvoir de formuler des directives et les pouvoirs d'inspection. Le pouvoir implicite de formuler des directives s'analyse d'abord comme un dérivé de l'autorité hiérarchique⁴². En ce sens, rien ne s'oppose à ce que les dirigeants d'un

41. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36 ; voir sur la portée de ces textes, *P.G. Manitoba v. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 et A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 109-130.

42. M. FILION, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives », (1979) 20 C. de D. 855, pp. 861-863.

organisme de régulation formulent à l'intention du personnel subordonné de l'organisme des directives quant à la manière d'exercer leurs fonctions. Mais on rattache aussi à la notion de directives les énoncés de politique par lesquels les dirigeants d'un organisme de régulation déclarent comment ils se proposent d'interpréter et d'appliquer la loi et les objectifs que celle-ci assigne à la régulation du secteur visé⁴³. Ces énoncés de politique sont certes destinés à orienter le travail du personnel de l'organisme, mais ils visent au premier chef à informer le public, et notamment les entreprises assujetties à la régulation. L'intérêt évident de ce procédé sous l'angle de la prévisibilité des décisions a été souligné par la Cour suprême⁴⁴. Ces énoncés de politique ne sauraient cependant prendre aux yeux de l'organisme une valeur réglementaire; il faut leur appliquer la règle selon laquelle le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire ne peut prédéterminer rigidement l'usage qu'il va en faire⁴⁵.

Les pouvoirs d'inspection et d'enquête conférés aux organismes de régulation ne leur sont pas entièrement spécifiques: un grand nombre d'autorités administratives sont en effet habilitées par la loi à se doter d'un corps d'inspecteurs, qui bénéficient très souvent d'une attribution globale ou partielle des pouvoirs d'une commission d'enquête⁴⁶. Ce qui singularise ce genre de dispositions dans le cas des organismes de régulation est plutôt l'objet de l'activité d'inspection. Alors que cette activité a généralement pour but la détection de cas précis de fraude ou de non-conformité à la loi, elle revêt parfois dans le contexte de la régulation économique le caractère d'une inquisition générale dont seul peut-être le droit fiscal offre des exemples comparables. On en jugera par exemple par ces dispositions de la *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*⁴⁷.

38. La régie, tout régisseur désigné par le président ou, en cas d'incapacité de celui-ci, par le vice-président, et toute personne spécialement autorisée par la régie

43. W. ATKINSON, « La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique », (1978) 19 C. de D. 187, pp. 215-218.

44. *Capital Cities Communications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 171.

45. P. GARANT, *supra*, note 4, pp. 821-825; G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1982, pp. 269-270; D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Montréal, C.E.J., 1981, pp. 278-281.

46. Pour le droit fédéral, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les commissions d'enquête* (Doc. de trav. 17), Ottawa, 1977, pp. 6-7 et 81-85, et *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (13^e Rapport), Ottawa, 1979, p. 10. Le régime général des pouvoirs et immunités des commissions d'enquête est fixé, en droit fédéral, par la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, c. I-13, et en droit québécois par la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37.

47. L.R.Q., c. R-6.

peuvent inventorier tous les biens des distributeurs et faire des enquêtes sur la structure financière, les livres et méthodes de comptabilité, les taux, les recettes, les profits, les salaires et en général toutes les opérations des distributeurs. Les enquêtes relatives aux distributeurs d'électricité que le gouvernement lui désigne ont préséance sur toutes les autres et doivent être conduites avec toute la célérité humainement possible.

40. Un enquêteur, agissant en vertu de la présente loi peut, tous les jours non fériés, entre huit heures et dix-huit heures,
- a) accéder à tout terrain, usine, construction ou matériel quelconque d'un distributeur, en faire un examen complet et prendre connaissance des livres, plans, devis, dessins et documents quelconques qu'il croit utile de consulter;
 - b) prendre tous les renseignements qu'il juge utiles relativement aux cours d'eau, chutes, rapides et constructions, sur les lieux ou ailleurs;
 - c) apporter et utiliser sur les lieux l'outillage et les instruments qu'il juge nécessaires pour ses recherches et se servir de ceux qui s'y trouvent;
 - d) examiner, inventorier et évaluer, sujet à révision par la régie, l'actif physique, au sens de la présente loi, de tout distributeur d'électricité, ou les biens de tout distributeur de gaz.

1.2. La problématique générale de l'organisme de régulation

Malgré l'importance de son rôle dans l'appareil administratif canadien et québécois, l'organisme de régulation n'y est toutefois pas entièrement à l'aise. Cas particulièrement voyant d'« hérésie structurelle », pour reprendre l'expression que J.E. Hodgetts applique à l'ensemble de la décentralisation administrative⁴⁸, l'organisme de régulation cherche encore sa place dans le système administratif, dans le système fédéral et dans le système économique. Des travaux approfondis de nombreux politologues, juristes et économistes n'ont pas encore épuisé tous les aspects du problème⁴⁹. Il est hors de question de les recenser ici. Il suffira d'évoquer brièvement certaines données, qui influent sur les phénomènes de contrôle et de participation dont traitera la seconde partie de ce texte.

48. J.E. HODGETTS, *The Canadian Public Service: A Physiology of Government*, Toronto, U. of T. Press, 1973, p. 138.

49. Outre les travaux cités *supra*, note 17, on pourra consulter : A. BRETON, *The Regulation of Private Economic Activity*, Montréal, C.D. Howe Research Institute, 1976 ; les rapports du CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA cités *supra*, note 25 ; H.N. JANISCH, « Reforming Regulation : A Consumer Perspective », (1982) 8 *Anal. pol.* 28 ; B. KANE, *Consumers and the Regulators*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1980 ; R. SCHULTZ, « Regulatory Agencies and The Canadian Political System », p. 333, in K. KERNAGHAN (dir.), *Public Administration in Canada: Selected Readings*, Toronto, Methuen, 1977 ; R. SCHULTZ, *Federalism and the Regulatory Process*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1979 ; C.K. YATES, « The Lawyer in the Regulatory Process », (1980) 18 *Alta. L. Rev.* 70.

1.2.1. L'organisme de régulation et la répartition des pouvoirs

Le principe de séparation des pouvoirs dans l'État ne fait plus aujourd'hui l'objet que d'une vénération platonique. Nous nous sommes faits à l'idée que l'essentiel était d'assurer un équilibre dans la répartition des pouvoirs, sans qu'il soit indispensable de les dissocier partout de manière absolument étanche. En même temps, fidèles à la tradition constitutionnelle britannique, nous avons voulu voir dans la suprématie du Parlement la garantie ultime contre la concentration des pouvoirs entre les mains de l'Exécutif. L'existence des organismes de régulation n'a pas cessé de troubler ces certitudes.

1.2.1.1. Le problème de la confusion des pouvoirs

On l'aura noté, certains se sont émus de ce que l'organisme de régulation soit constitué en « État en miniature », disposant à l'égard d'un secteur économique des trois types traditionnels de pouvoirs. On peut en effet se demander si une telle concentration est compatible avec une répartition équilibrée des pouvoirs dans l'État. Quelques-uns se sont particulièrement inquiétés du fait qu'ayant le pouvoir de créer des normes juridiques d'application générale, sous formes de règlements, plusieurs organismes de régulation étaient en même temps appelés à statuer sur l'application particulière de ces normes dans leurs fonctions juridictionnelles⁵⁰. Cette jonction de pouvoirs a paru à certains spécialement choquante entre les mains de personnes qui n'ont ni la légitimité que confère le suffrage universel, ni la compétence juridique et l'impartialité qu'on présume chez les juges⁵¹.

1.2.1.2. Le problème de la suprématie du Parlement

En un sens assez formel, la suprématie du Parlement n'est pas remise en cause par l'existence des organismes de régulation. Quelque larges que puissent être les habilitations que le Parlement leur consent, il a toujours la faculté d'intervenir en modifiant la législation. On connaît les limites de cette

50. GROUPE DE TRAVAIL SUR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, *Les tribunaux administratifs au Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1973, pp. 44-45.

51. Ce dernier aspect de la question, qui découle de l'activité juridictionnelle des organismes de régulation, est souvent abordé sous l'angle très technique de l'incidence de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la composition des organismes administratifs autonomes à fonction juridictionnelle.

faculté : le Parlement, dans une très large mesure, ne peut agir que si le gouvernement l'y invite. Et surtout, cette arme ultime n'équivaut pas à un droit de regard continu du Parlement sur l'activité de l'organisme ; or c'est là une dimension importante de la suprématie du Parlement. On retrouve ici le problème, déjà signalé, du relâchement des liens entre le Parlement et les organismes administratifs autonomes, et du caractère théorique de la responsabilité ministérielle dans le cas de ces organismes. Si ce problème n'en est pas vraiment un pour certains types d'organismes autonomes (organismes consultatifs, tribunaux administratifs), il est très réel pour les organismes de régulation. Ceux-ci en effet disposent pour s'acquitter d'une large mission d'orientation économique, ou du moins d'aménagement d'un secteur économique, d'un éventail exceptionnel de moyens ; et de surcroît, et sont appelés à définir eux-mêmes, à partir d'indications plus ou moins précises données par le législateur, une politique économique pour le secteur placé sous leur autorité. Telle est la substance des problèmes de contrôle qui seront analysés plus loin.

1.2.2. L'organisme de régulation et le partage fédéral des compétences

1.2.2.1. Le partage des compétences matérielles

Les organismes de régulation, comme les autres autorités administratives fédérales et provinciales, sont susceptibles de voir leur action entravée par les incertitudes et les complexités du partage des compétences législatives⁵². Les éventuels conflits de compétence peuvent opposer, par exemple, deux organismes de régulation, l'un fédéral, l'autre provincial, prétendant l'un et l'autre à régir le même secteur d'activité économique⁵³, un organisme de régulation fédéral à une entreprise publique provinciale⁵⁴ ou un organisme

52. Voir pour le secteur énergétique G. RÉMILLARD, « Situation du partage des compétences législatives en matière de ressources naturelles au Canada », (1977) 18 *C. de D.* 471 ; G.A. BEAUDOIN, *Le partage des compétences*, Ottawa, E.U.O., 1980, pp. 177-179 ; J.F. JOBIN, « Étude de certains aspects du droit nucléaire canadien », (1981) 22 *C. de D.* 347. P. GARANT, *supra*, note 19, 1981, pp. 8-10 ; R. SCHULTZ, « The Regulatory Process and Federal-Provincial Relations », p. 128, in B. DOERN (dir.), *supra*, note 17.

53. Ce fut notamment le cas dans le secteur de la câblodistribution, où le conflit opposant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et la Régie des services publics du Québec a conduit à l'arrêt *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191.

54. Ainsi, la Cour suprême a dénié compétence à la Commission canadienne des transports relativement à certaines opérations de l'entreprise publique albertaine Pacific Western Airlines : *R. (Alb.) c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61.

de régulation provincial à une société commerciale privée constituée en vertu du droit fédéral⁵⁵. La solution de ces conflits est parfois judiciaire. Elle est souvent le fruit d'une négociation entre gouvernements, qui peut déboucher par exemple sur l'habilitation donnée par le Parlement fédéral à un organisme de régulation provincial⁵⁶.

1.2.2.2. Le partage des compétences territoriales

La géographie crée certains problèmes de compétence dans le cas d'entreprises soumises à régulation dont les activités ont à la fois un aspect interprovincial ou international (donc fédéral) et intraprovincial (par ex. le secteur du transport routier, ou celui de la téléphonie au Québec et en Ontario). C'est le cas aussi de certaines opérations économiques s'étendant sur plusieurs provinces et où interviennent successivement plusieurs entreprises soumises à régulation par des organismes différents (par ex. le mouvement du gaz naturel par pipeline de l'Alberta vers le Québec)^{56.1}. Même si l'on exclut l'hypothèse de décisions ouvertement contradictoires, il reste possible que des politiques divergentes — peut-être en partie élaborées par les organismes de régulation eux-mêmes, sans contrôle direct de la part de leurs gouvernements respectifs — conduisent à la paralysie des activités économiques concernées.

1.2.2.3. L'interrelation des compétences fédérales et provinciales

À supposer même que la démarcation des compétences quant à la régulation d'un secteur économique soit parfaitement claire, les hypothèses de conflit ne sont pas pour autant épuisées. Les décisions d'un organisme de régulation fédéral, par exemple, sont susceptibles de produire toutes sortes d'effets indirects sur l'activité de l'appareil étatique de chaque province (par ex. sur l'État provincial en tant que consommateur de certains services) ou

55. Ainsi, l'exploitation du réseau téléphonique de la société Bell Canada en territoire québécois échappe à la compétence de la Régie des services publics, ce qui donne périodiquement lieu à une certaine insatisfaction au Québec.

56. Voir R. BARBE, « La délégation des fonctions régulatrices dans le secteur des télécommunications », (1981) 11 *R.D.U.S.* 489. Les difficultés constitutionnelles que soulèvent de tels aménagements ont été examinées par G.V. LA FOREST, « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21 *McGill L.J.* 131; P. BLACHE, « Délégation et fédéralisme canadien », (1976) 6 *R.D.U.S.* 235; P.W. HOGG, *supra*, note 3, pp. 213-237.

56.1 Voir par exemple N. ROY, « The TransQuebec and Maritime Pipeline Project: The Jurisdictional Debate in the Area of Land Planning », (1982) 23 *C. de D.* 175.

sur des aspects de l'activité économique générale qui relèvent de la compétence de chaque province (par ex. les effets d'une décision de la Commission canadienne des transports relative aux tarifs ferroviaires, sur le coût de matières premières utilisées par une industrie localisée dans une province). D'où une volonté de plus en plus nette des gouvernements provinciaux de faire valoir leur point de vue dans le processus de régulation économique par l'administration fédérale⁵⁷. Cette volonté, on le verra, se manifeste à la fois sur le plan du contrôle et sur celui de la participation.

1.2.3. L'organisme de régulation et les autres formes d'intervention étatique

Le recours à la régulation par un organisme administratif autonome présente des difficultés particulières de conception et de mise en œuvre de la politique économique de l'État. Certaines de ces difficultés sont inhérentes à ce mode d'intervention : d'autres surgissent des rapports entre la régulation et les autres modes d'intervention.

1.2.3.1. Le problème de la définition des politiques

On touche ici à l'interrogation fondamentale que soulève le choix de confier la régulation d'un secteur économique à un organisme administratif autonome : Qui va définir la politique économique applicable à ce secteur ? Le Parlement ? Le gouvernement ou l'un des ministres ? Ou l'organisme de régulation lui-même ? La lourdeur du processus législatif ne permet au Parlement de se prononcer qu'en termes assez vagues pour pouvoir durer malgré les fluctuations de la conjoncture. L'énonciation d'une politique par le gouvernement ne peut s'imposer à l'organisme de régulation que sous une forme réglementaire ou sous la forme d'actes de tutelle administrative. Or, il est en général douteux que l'acte réglementaire soit un véhicule approprié à l'énonciation d'une politique en termes d'une certaine ampleur. Et d'autre part, aucun des procédés ponctuels de tutelle habituellement prévus ne permet d'assurer la transmission cohérente d'une politique ; et l'idée d'une tutelle continue paraît inconciliable avec le degré d'autonomie souhaité pour un organisme de régulation. Il ne reste donc qu'à faire confiance à l'organisme lui-même pour énoncer une politique à la solution généralement retenue jusqu'ici, mais qu'un courant actuel remet fortement en cause, comme on le verra.

57. Voir R. SCHULTZ, *supra*, note 49 (1979).

1.2.3.2. Le problème de l'entreprise publique

La régulation et l'appropriation publique de l'appareil économique relèvent en principe de conceptions différentes des rapports entre l'État et l'économie. On peut donc s'étonner de voir un même État y recourir simultanément, en tout cas dans un même secteur. C'est pourtant chose courante dans l'économie canadienne et québécoise, qu'il s'agisse du transport aérien ou ferroviaire, de la radio et télédiffusion, des télécommunications, du commerce de l'alcool, ou de l'énergie. Dans certains de ces secteurs, l'État s'est transformé en acteur économique, par l'intermédiaire d'une entreprise publique, alors qu'il agissait déjà au moyen d'un organisme de régulation sur le comportement des acteurs économiques privés⁵⁸. Dans d'autres secteurs, l'intervention au moyen d'une entreprise publique, l'imposition d'une régulation aux acteurs privés concurrents ont été concomitantes et étroitement complémentaires⁵⁹. Dans les deux cas, se pose la question de savoir si l'entreprise publique doit être assujettie au contrôle exercé par l'organisme de régulation, au même titre et de la même manière que ses concurrentes privées. En droit fédéral, on a généralement donné à cette question une réponse affirmative. On peut dès lors entrevoir une possibilité de conflit entre les objectifs de l'entreprise publique (tels que celle-ci les dégage de sa loi constitutive) et la politique définie ou appliquée par l'organisme de régulation. On peut aussi estimer que la régulation devient un processus assez artificiel dans un secteur dominé par une puissante entreprise publique ayant marginalisé ses concurrents privés.

2. L'organisme de régulation comme instrument de contrôle et de participation

Ayant décrit l'organisme autonome de régulation économique comme forme de l'action administrative au Canada et au Québec, il nous reste à montrer le double mouvement d'informations dont il est la plaque tournante. Selon le modèle que nous avons esquissé, ce mouvement d'informations est en partie descendant : il est alors porteur d'une impulsion politique, émanant des organes dirigeants de l'État, et que l'organisme de régulation est chargé

58. Tel fut le cas, par exemple, du transport ferroviaire, où la création des Chemins de fer nationaux (1919) est postérieure à celle de l'organisme de régulation des entreprises ferroviaires (1903).

59. Ce fut le cas dans le secteur de la radiodiffusion : une fois sa compétence reconnue par l'*Avis sur les radio-communications*, [1932] A.C. 304, le Parlement fédéral a mis sur pied la Commission canadienne de radiodiffusion, à la fois entreprise de radiodiffusion d'État et organisme de régulation des radiodiffuseurs privés (*Loi canadienne de la radiodiffusion*, S.C. 1932, c. 51, art. 8 et 9).

de relayer vers un secteur donné de l'activité économique. Le mouvement d'informations ascendant, d'autre part, achemine vers l'organisme de régulation et, ultimement, vers les décideurs politiques, l'opinion des acteurs économiques et, plus largement, de tous ceux que concerne l'activité du secteur soumis à régulation.

2.1. L'organisme de régulation et le mouvement descendant d'informations

Le mouvement descendant d'informations exprime le contrôle qu'exercent les décideurs politiques sur l'ensemble du système social. Il se décompose en deux types de communication. Le premier exprime le contrôle politique exercé par les organes politiques dirigeants sur l'appareil administratif. On a vu que dans le cas des organismes administratifs autonomes, ce contrôle est plus ou moins distendu. Le second type de communication correspond à la rediffusion de l'impulsion politique par l'appareil administratif en direction de l'ensemble du système social. On a vu que dans le cas des organismes autonomes de régulation, les destinataires de cette seconde communication étaient circonscrits par référence à un secteur d'activité économique. Nous reprendrons ici ce découpage du contrôle en deux temps.

2.1.1. Le contrôle politique exercé sur l'organisme

Il y a lieu de distinguer de nouveau, comme nous l'avons fait dans la première partie de ce texte, entre les différents contrôleurs politiques de l'organisme administratif autonome : le gouvernement, le ministre responsable et le Parlement.

2.1.1.1. Le contrôle exercé par le gouvernement

Le gouvernement est, formellement du moins, celui de ces contrôleurs qui dispose des moyens de contrôle les plus nombreux et les plus significatifs.

2.1.1.1.1. Le pouvoir de nomination

Il est de règle que les membres d'organismes de régulation économique soient nommés par décret⁶⁰. La loi fixe ordinairement la durée de leurs

60. Sur le processus de sélection, voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 174-175, et C. ANDREW et R. PELLETIER, *La composition des organismes administratifs fédéraux*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1976, pp. 46-58.

fonctions à 5, 7 ou 10 ans selon les cas; fait notamment exception la Commission de contrôle de l'énergie atomique. Ils peuvent être reconduits dans leurs fonctions à l'expiration de ce terme. La loi constitutive de l'organisme ne prévoit en général aucune consultation préalable à la nomination des membres, et n'exige d'eux que des qualités élémentaires (par ex. celle de citoyen canadien). En revanche, elle énonce certaines règles d'incompatibilité de fonctions, visant notamment l'existence d'intérêts financiers liés à une entreprise du secteur soumis à régulation⁶¹.

Le gouvernement peut destituer les membres d'organismes de régulation. Les modalités de destitution varient notablement d'un organisme à l'autre, sans justification très claire. Ainsi, alors que les membres de la Commission de contrôle de l'énergie atomique (CCEA) sont nommés à titre amovible, ceux de la Régie de l'électricité et du gaz (REG) du Québec ne peuvent être démis que « pour cause », alors que la destitution des membres de l'Office national de l'énergie (ONE) doit être demandée par résolution des deux chambres du Parlement fédéral et fondée sur l'indignité⁶².

Le fait que le gouvernement choisisse très librement ces responsables de la politique économique n'est pas dénué d'importance quant au contrôle qu'il peut exercer sur cette politique. Il est d'ailleurs significatif que, pour ce qui concerne les organismes fédéraux de régulation, ce choix se soit orienté très souvent vers la haute fonction publique, donc vers de proches collaborateurs des décideurs politiques⁶³.

2.1.1.1.2. L'énonciation des politiques

Une fonction naturelle du gouvernement est l'énonciation des orientations qu'il souhaite imprimer à la vie sociale, ordinairement à l'aide de l'appareil administratif. L'énonciation des politiques par le gouvernement est elle-même soumise au contrôle du Parlement; soit parce que la mise en œuvre exige une intervention législative, soit simplement parce que les politiques du gouvernement sont un objet constant de la critique parlementaire.

Si l'intervention du législateur n'est pas nécessaire à la mise en œuvre d'une politique économique, celle-ci restera énoncée par des documents dénués de valeur juridique (déclarations ministérielles au Parlement ou

61. Voir par exemple : *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, *supra*, note 36, art. 4; *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 3; *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 2 et 7.

62. *Ibid.*

63. C. ANDREW et R. PELLETIER, *supra*, note 60, pp. 27-28 et 93-97.

ailleurs, livres blancs, communiqués de presse) mais non pas de force persuasive à l'endroit des organismes de régulation. Le secteur de l'énergie a été particulièrement représentatif de telles pratiques ces dernières années (Livre blanc québécois de 1978⁶⁴, Programme énergétique national de 1980⁶⁵, Politique de fixation du prix du gaz naturel de 1981). Il est manifeste que ces énoncés orientent de façon très perceptible les décisions des organismes de régulation⁶⁷. On peut parler à leur sujet de « tutelle implicite ». Il est vrai que dans plusieurs cas, l'organisme concerné avait été ouvertement ou officieusement consulté au préalable sur le contenu de la nouvelle politique par le ministre chargé de l'élaborer.

2.1.1.1.3. Les pouvoirs de tutelle classiques

La diversité des pouvoirs de tutelle attribués au gouvernement sur l'activité des organismes de régulation économique se double de variations considérables dans l'intensité de la tutelle d'un organisme à l'autre. Ainsi, dans le secteur de l'énergie, les décisions de la REG ne sont assujetties à aucun contrôle de tutelle. Par contre, le gouvernement s'est réservé une décision primordiale, celle concernant l'octroi d'un monopole territorial à un distributeur de gaz ; sur ce point, la REG n'est habilitée qu'à instruire la demande et à formuler une recommandation au gouvernement⁶⁸. Le régime de tutelle applicable aux décisions de l'ONE est par contre très nuancé. Sont libres de tutelle directe les décisions de l'ONE concernant les tarifs de pipeline⁶⁹. Peuvent être assujetties à l'approbation du gouvernement, si un règlement du gouvernement le prévoit, les décisions de l'ONE accordant une licence d'exportation ou d'importation de gaz, de pétrole ou d'électricité⁷⁰.

64. *La politique québécoise de l'énergie : Assurer l'avenir*, Québec, Direction générale de l'énergie, 1978 ; mis à jour par *La politique québécoise de l'énergie : Trois ans d'action*, Québec, ministère de l'Énergie et des Ressources, 1981.

65. *Le Programme énergétique national*, Ottawa, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, 1980 ; *Mise à jour — Programme énergétique national*, Ottawa, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, 1982.

66. « Politique de fixation du prix du gaz naturel au pays », communiqué du ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, 14 avril 1981.

67. H. WESTON, « Les répercussions du Programme énergétique national sur le processus de détermination des tarifs de l'Office national de l'énergie », [1982] 3 *Rec. jur. adm.* 15-8 ; voir par exemple OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Rapport au Ministre sur certaines questions se rapportant à l'établissement du prix du gaz naturel au Canada*, Ottawa, 1981 ; et la décision *Gazoduc TransQuébec et Maritimes*, [1982] 3 *Rec. jur. adm.* 12-4.

68. *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 32.

69. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 50 et ss.

70. *Id.*, art. 82 et 85 b) ; le *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie IV)*, C.R.C., c. 1056, art. 10, assujettit à l'approbation du gouvernement l'entrée en vigueur des licences d'exportation ou d'importation de gaz, d'exportation d'électricité ou d'exportation de pétrole pour une période dépassant une année.

Les autres catégories de décisions de l'ONE (délivrance de certificats de commodité et nécessité publiques relatifs aux pipelines ou aux lignes internationales ou interprovinciales de transmission d'électricité; modification, suspension et révocation de ces certificats et des licences d'exportation et d'importation; autorisation des cessions et transferts de ces certificats ou licences)⁷¹.

La répartition du pouvoir réglementaire est également un indice du degré d'autonomie reconnue à l'organisme de régulation. Le secteur de l'énergie témoigne, ici encore, de l'électisme du législateur. Dans le champ de compétence de la REG, on constate un partage des objets de réglementation entre le gouvernement⁷² et l'organisme de régulation⁷³. En matière d'énergie atomique, au contraire, l'ensemble du pouvoir réglementaire est attribué à la Commission de contrôle de l'énergie atomique (CCEA), mais sous réserve d'approbation par le gouvernement⁷⁴. Enfin, quant à la régulation fédérale de l'énergie non nucléaire, le pouvoir réglementaire est partagé entre le gouvernement⁷⁵, le ministre de l'Énergie⁷⁶ et l'ONE, mais les règlements de ce dernier sont assujettis à l'approbation du gouvernement⁷⁷.

On comprendra, dans ces conditions, que la lourdeur de la tutelle administrative sur les organismes de régulation s'apprécie difficilement dans l'abstrait, à partir de catégories générales. Il faut dans chaque cas soupeser l'effet cumulatif des différents procédés de tutelle retenus par le législateur, en tenant compte de l'étendue des compétences auxquelles ils s'appliquent.

71. *Id.*, art. 17, 44, 47 et 84.

72. *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 47 et 48; on notera la présence d'une habilitation générale (« adopter des règlements pour pourvoir au bon fonctionnement de la présente loi et de la Régie »): voir sur la portée d'un tel texte P. GARANT et P. ISSALYS, *supra*, note 38, pp. 122-126.

73. *Id.*, art. 19c) et 20c); si l'on transpose sur ces textes l'interprétation qu'a donnée la Cour d'appel de dispositions souhaitables de la *Loi sur la Régie des services publics*, *supra*, note 37, il faudrait conclure que ce pouvoir de « réglementer » n'est pas un pouvoir réglementaire: voir *National Cablevision c. Régie des services publics*, [1973] C.A. 335 et P. GARANT, *supra*, note 38. Sont par contre indiscutablement réglementaires les pouvoirs conférés à la REG par la *Loi sur la distribution du gaz*, *supra*, note 34 et texte correspondant.

74. *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, *supra*, note 36, art. 9.

75. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 46.1, 85, 87.4 et 89.

76. *Id.*, art. 75.29 (procédure d'arbitrage en matière d'indemnités d'expropriation à des fins de pipe-line).

77. *Id.*, art. 39(2) (sécurité des pipe-lines) et 88 (comptabilité et statistique des entreprises soumises à régulation).

2.1.1.1.4. La compétence d'appel

L'un des procédés de tutelle les plus singuliers réside dans la création d'un droit d'appel au gouvernement à l'encontre de certaines décisions de type juridictionnel rendues par un organisme de régulation⁷⁸. Procédé singulier à plusieurs égards. D'abord, son existence remet en cause le bien-fondé de la décentralisation de la fonction de régulation, puisqu'il aboutit à faire décider par les dirigeants politiques le type même d'affaires que l'on avait cherché à soustraire à l'influence de la politique partisane en les confiant à un organisme administratif autonome. Singulier aussi parce que, contrairement aux autres procédés de tutelle administrative, il n'est pas mis en œuvre par l'autorité de tutelle, mais bien par une partie mécontente de la décision de l'organisme de régulation ; il peut donc à la rigueur servir à redresser des torts, mais convient mal à l'exercice d'un contrôle fondé sur une politique générale. Singulier procédé, enfin, parce qu'il conduit à voir dans le gouvernement un organe juridictionnel, rôle que ni sa composition ni son fonctionnement ne lui permettent de jouer de façon crédible. Un arrêt récent de la Cour suprême a d'ailleurs clairement marqué les limites de la « judiciarisation » que l'on pouvait introduire dans le processus décisionnel du gouvernement⁷⁹.

Bien qu'un tel contrôle d'appel existe toujours dans la régulation fédérale des transports et des télécommunications, il est absent du secteur de l'énergie. Cette forme de contrôle politique est d'ailleurs de plus en plus contestée, à la fois sur le plan de la théorie des institutions et sur celui de ses effets pratiques. On propose généralement de le remplacer par un pouvoir de donner des directives⁸⁰.

2.1.1.1.5. Le pouvoir de donner des directives

Un tel pouvoir est peu fréquent à l'heure actuelle. L'un des rares textes en ce sens dans le domaine de la régulation économique est l'article 7 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*⁸¹ :

La Commission [la CCEA] doit observer toutes instructions générales ou spéciales données par le Ministre en ce qui regarde la réalisation des objets de la Commission.

78. P. KENNIFF *et al.*, *Le contrôle politique des tribunaux administratifs*, Québec, P.U.L., 1978, pp. 86-93.

79. *Inuit Tapirisat of Canada c. P.G. Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

80. P. KENNIFF *et al.*, *supra*, note 78, pp. 207-217, 233-234 ; CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Rationalisation de la réglementation publique*, Ottawa, 1979, pp. 72-79 ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 93-95 ; Rapport LAMBERT, *supra*, note 12, pp. 363-365.

81. *Supra*, note 36.

Les protagonistes de la généralisation de ce procédé de tutelle à l'ensemble des organismes de régulation l'envisagent pour la plupart avec trois nuances importantes par rapport à cette disposition. En premier lieu, de telles directives devraient émaner du gouvernement plutôt que d'un seul ministre, de manière à comporter l'autorité du plus haut niveau de formulation de la politique économique. En second lieu, ces directives devraient précisément porter sur des questions politiques générales, et non pas sur des situations particularisées. Enfin, ces directives devraient recevoir une certaine publicité, et notamment faire l'objet d'un dépôt devant le Parlement.

L'idée s'est gagnée d'importants appuis au niveau fédéral, notamment de la part du Conseil économique du Canada, d'un Comité spécial de la Chambre des communes et — au moins à titre provisoire — de la Commission de réforme du droit du Canada⁸². Le gouvernement fédéral actuel s'y est montré favorable⁸³. Au Québec, bien que des dispositions semblables se soient multipliées récemment, en particulier dans les lois constitutives des entreprises publiques⁸⁴, il n'a pas semblé urgent d'y songer dans le cas des organismes de régulation⁸⁵.

L'argument fondamental des partisans de cette forme de tutelle est qu'elle permet de réintroduire dans le fonctionnement des organismes de régulation un contrôle politique légitime, d'une part, et une véritable responsabilité ministérielle d'autre part. Le pouvoir du gouvernement de donner des directives aux organismes de régulation apparaît comme un moyen d'accentuer la maîtrise de celui-ci sur l'activité économique générale, à l'encontre de l'absence de politique, de l'indocilité aux impulsions politiques, ou de la politique trop étroitement sectorielle dont feraient preuve certains organismes de régulation. Par ricochet, le gouvernement reprenant un contrôle plus ferme sur la mise en œuvre de sa politique économique, le Parlement retrouve la pleine signification de son droit de surveillance, de

82. CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *supra*, note 80, pp. 72-79; CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA, *Rapport* (PETERSON) *Du Comité spécial sur la réforme de la réglementation*, Ottawa, 1981; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 93-95; voir aussi le Rapport LAMBERT, *supra*, note 12, pp. 361-363.

83. Voir le projet de loi C-16 de 1978 (*Loi sur les télécommunications*, 4^e sess., 30^e législ.), qui n'a jamais été adopté; C. JOHNSTON, *supra*, note 19, pp. 100-103.

84. Le prototype de ces dispositions est l'art. 32 de la *Loi sur la Régie de l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. R-5, qui date de 1974. Les entreprises publiques assujetties à des textes semblables sont notamment la SOQUIP (*Loi sur la société québécoise d'initiatives pétrolières*, L.R.Q., c. S-22, art. 23), la SGF (*Loi sur la Société générale de financement du Québec*, L.R.Q., c. S-17, art. 15) et la SNA (*Loi sur la Société nationale de l'amiante*, L.R.Q., c. 18.2, art. 18).

85. B. CLOUTIER et L. OUELLET, *supra*, note 19, p. 19.

critique et de censure. Ce contrôle parlementaire pourrait en effet s'exercer à la fois au moment du dépôt des directives, et à propos de l'application incorrecte que pourrait en faire par la suite l'organisme de régulation grâce à la passivité du ministre et du gouvernement.

Ce projet de réforme ne va pas, cependant, sans susciter de profondes réserves. Certains font observer que la responsabilité ministérielle étant devenue largement fictive, mieux vaut ne pas ajouter l'irresponsabilité d'organismes de régulation télécommandés à l'irresponsabilité déjà trop sensible du gouvernement⁸⁶. D'autres, favorables au principe des directives, voudraient cependant qu'elles soient élaborées ailleurs que dans le secret des ministères ; ils proposent d'en faire l'aboutissement d'un processus de consultation engagé par l'organisme de régulation à la demande du gouvernement lorsque celui-ci constaterait une carence de la politique économique⁸⁷. À cette conception s'oppose une thèse radicale, selon laquelle il est inutile de donner au gouvernement un pouvoir de directives car il n'a en réalité aucune politique cohérente pour les secteurs soumis à régulation ; ce qui existe comme politique économique dans ces secteurs résulte essentiellement de la jurisprudence et des énoncés de politique des organismes de régulation⁸⁸.

L'introduction de ce type nouveau d'acte normatif dans les rapports entre les décideurs politiques et les organismes autonomes de régulation ne manquerait pas de soulever d'épineux problèmes théoriques et pratiques. Sur le plan théorique, il est difficile d'imaginer quel serait le statut juridique de ces directives, leur place dans la hiérarchie des normes et la sanction de leur inobservation. Sur le plan pratique, le contenu de ces directives devrait être à la fois assez précis pour guider de manière significative les organismes de régulation, et assez vague pour ne pas réduire à néant leur pouvoir de décision⁸⁹.

Par ailleurs, on peut soutenir qu'à la limite, le pouvoir de donner des directives fait disparaître en bonne partie la raison d'être des organismes de régulation. Il serait peut-être plus simple, dès lors, de confier l'essentiel des tâches de régulation aux ministères, et de résoudre ainsi le problème du

86. L. VANDERVORT, *Le contrôle politique des organismes administratifs autonomes*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1980, pp. 121-128 et 146-148 ; A. ROMAN, « Cabinet Directives to Regulatory Agencies: A Bold Leap Backward », [1981] 2 *Rec. jur. adm.* 5-137.

87. H.N. JANISCH, *supra*, note 2, pp. 91 et ss. ; Rapport LAMBERT, *supra*, note 12, pp. 361-363 ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 93-95.

88. A. ROMAN, *supra*, note 86.

89. *Ibid.*

contrôle politique, quitte à aménager par ailleurs des possibilités de participation (par ex. enquêtes publiques) en remplacement de celles qu'offre l'organisme autonome de régulation.

En fait, le point faible de la technique des directives est de viser un renforcement du contrôle politique sur les organismes de régulation au profit presque exclusif du gouvernement. Il semble plus conforme à la nature de ces organismes et à une véritable recherche de contrôle démocratique de renforcer plutôt les liens entre le Parlement et les organismes de régulation⁹⁰. Ceci suppose une réforme du fonctionnement du Parlement, qui donne beaucoup plus d'importance au travail des commissions parlementaires, et spécialise l'une de ces commissions dans le contrôle des organismes administratifs autonomes. Une réforme en ce sens se prépare au Québec; ses résultats mériteront un examen attentif⁹¹. Quant au gouvernement, il semble suffisant de lui laisser la faculté de signifier ses intentions au moyen d'énoncés indicatifs de politique, ou au besoin de dispositions législatives.

2.1.1.2. Le contrôle exercé par le ministre responsable

Dans une large mesure, le contrôle politique par le ministre se confond avec celui exercé par le gouvernement, puisque normalement celui-ci interviendra dans le sens souhaité par celui-là. Mais le ministre conserve par ailleurs des moyens de contrôle spécifiques, non négligeables.

2.1.1.2.1. Les contrôles budgétaire et administratif

Ne serait-ce que parce qu'il parraine le budget des organismes autonomes de son secteur devant les instances financières de l'administration et devant le Parlement, le ministre responsable dispose d'un certain droit de regard sur l'organisation interne et les prévisions d'activités de ces organismes. Il peut par ce biais canaliser ces activités dans un sens conforme à ses vues.

90. F. SLATTER, *Le Parlement et les organismes administratifs*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1982, pp. 123-126 et 143-152; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 68-71.

91. Voir D. VAUGEOIS, *L'Assemblée nationale en devenir*, Québec, Assemblée nationale, 1982, pp. 88-98, qui propose de soumettre au contrôle de la Commission de l'Assemblée nationale les organismes autonomes dont les dirigeants sont nommés par l'Assemblée, ainsi que les entreprises publiques. Le projet de réforme parlementaire soumis à discussion par le gouvernement en octobre 1982 envisage plutôt la création d'une Commission des organismes autonomes, avec pouvoir de convoquer les dirigeants de ces organismes.

2.1.1.2.2. L'élaboration des politiques

Dans une mesure qui varie selon les secteurs, les textes, les personnalités et les contingences historiques ou autres, le ministre responsable et ses fonctionnaires jouent un rôle charnière dans l'élaboration des politiques. Ils préparent les décisions (ou les indécisions calculées) du gouvernement. Ils procèdent avec les organismes de régulation à des consultations tantôt formalisées, tantôt officieuses qui leur permettent d'influer sur les décisions de ces organismes.

2.1.1.2.3. L'élaboration des textes législatifs et réglementaires

Le rôle central que jouent les ministres dans le processus législatif et réglementaire leur donne — ainsi qu'à leurs fonctionnaires — la maîtrise de l'évolution des textes. Certes, dans le cours normal des choses, l'organisme de régulation concerné sera consulté ; mais la relative rareté des pouvoirs réglementaires attribués sans tutelle aux organismes autonomes montre la réticence des dirigeants politiques à renoncer à cette maîtrise.

2.1.1.3. Le contrôle exercé par le Parlement

Les Parlements fédéral et québécois sont restés jusqu'ici étrangement passifs devant le phénomène de la décentralisation administrative fonctionnelle. Leur intérêt pour les organismes administratifs autonomes ne s'est manifesté que par intermittences et sans perspective d'ensemble. Il est vrai que les moyens de contrôle dont ils disposent sont bien imparfaits.

2.1.1.3.1. L'énoncé législatif d'une politique

En principe, il revient au Parlement d'exprimer par la loi les impulsions politiques qu'il entend transmettre aux citoyens⁹². En pratique, le langage législatif a longtemps été trop conditionné par la prédominance du principe d'interprétation littérale pour se prêter à ce genre de déclarations. Traditionnellement, de tels énoncés d'objet — sorte de déclarations d'intention — étaient confinés au préambule de la loi (c'est le cas de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*⁹³). Dans la législation récente, notamment fédérale, on a

92. W. ATKINSON, *supra*, note 43, pp. 200-204 ; voir cependant F. SLATTER, *supra*, note 90, pp. 30-31.

93. *Supra*, note 36 ; sur la portée de ce préambule, voir *Westinghouse Electric v. Duquesne Light Co.*, (1977) 78 D.L.R. (3d) 3 et *Re Clark*, (1978) 31 D.L.R. (3d) 33.

parfois tenté d'introduire dans le dispositif des dispositions d'orientations prétendant énoncer une politique à l'intention, entre autres, de l'organisme de régulation compétent (les articles 3 de la *Loi nationale sur les transports*⁹⁴ et de la *Loi sur la radio-diffusion*^{94.1} et l'article 2 de la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*⁹⁵ sont des classiques du genre). Le caractère à la fois complexe et nébuleux de ces textes, leur contenu parfois banal, a conduit à mettre en doute leur utilité sinon pour interpréter la loi, du moins pour guider véritablement l'organisme de régulation soucieux de fidélité à l'intention politique du législateur⁹⁶. Peut-être est-ce là une généralisation hâtive, qu'une meilleure rédaction de textes plus substantiels pourrait infirmer⁹⁷.

2.1.1.3.2. Le rapport annuel

La plupart des organismes administratifs autonomes sont tenus par leur loi constitutive de faire annuellement rapport de leurs activités au ministre responsable et, à travers lui, au Parlement. Pour beaucoup d'entre eux, là s'arrêtent leurs rapports avec le Parlement : celui-ci se borne en général à les recevoir avec indifférence. Faut-il attribuer ce peu d'intérêt à la surcharge de travail des parlementaires, ou au faible contenu informatif de nombreux rapports de ce genre⁹⁸ ?

2.1.1.3.3. Les questions et débats

La presse se fait souvent l'écho des activités des principaux organismes de régulation. Les parlementaires seront ainsi amenés à s'intéresser — passagèrement — à leurs décisions les plus controversées. Leur curiosité et leur mécontentement se heurtent cependant à l'absence d'interlocuteur valable dans les assemblées : le ministre théoriquement « responsable » peut facilement se retrancher derrière le caractère d'autonomie de l'organisme visé⁹⁹.

94. *Supra*, note 21 ; voir J.R. BALDWIN, « Transportation Policy and Jurisdictional Issues », (1975) 18 *Adm. pub. Can.* 630.

94.1 *Supra*, note 21 ; voir CKOY c. R., *supra*, note 31 ; *Capital Cities Communications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, *supra*, note 44.

95. L.R.Q., c. M-35 ; voir P. GARANT, *supra*, note 24, pp. 18-28 et 44-45.

96. A.F. BISSON, « Préambules ou déclarations de motifs ou d'objets », (1980) 40 *R. du B.* 58.

97. C'est du moins ce que semblent penser le Rapport LAMBERT, *supra*, note 12, pp. 358-359 et la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 60-62 et 68-69.

98. Les rapports annuels de certains organismes autonomes se signalent cependant par un contenu assez substantiel : c'est le cas notamment de l'Office national de l'énergie ; voir F. SLATTER, *supra*, note 90, pp. 101-114.

99. *Id.*, pp. 96-98.

2.1.1.3.4. Le rôle des commissions parlementaires

Jusqu'ici, tant à Ottawa qu'à Québec, les commissions parlementaires à compétence sectorielle n'ont assuré un suivi distant des activités des organismes de régulation que de manière ponctuelle et en privilégiant certains organismes considérés comme plus importants. Certes, elles ont permis à l'occasion une critique assez approfondie¹⁰⁰. Mais seule une commission spécialisée dans le contrôle des organismes autonomes, voire même des seuls organismes de régulation, est en mesure de donner au contrôle parlementaire un caractère systématique, permanent et quelque peu cohérent¹⁰¹. Cette commission pourrait contribuer de façon cruciale à la formulation, pour des organismes nouveaux ou existants, d'énoncés législatifs de politique vraiment significatifs et utiles. Elle pourrait aussi donner une portée réelle à l'obligation faite aux organismes de déposer un rapport annuel, et appeler à rendre des comptes, non plus seulement un ministre dont la responsabilité n'est que théorique, mais les dirigeants d'organismes eux-mêmes. De récents événements au Québec ont montré les difficultés que pose l'introduction d'une certaine responsabilité directe des organismes autonomes devant le Parlement; ils n'ont cependant pas atténué l'urgence d'y parvenir, au moyen d'une commission parlementaire spécialisée.

2.1.2. Le contrôle exercé par l'organisme sur l'activité économique

Dans le deuxième temps du mouvement descendant d'informations, la nature de la régulation nous conduit à distinguer deux niveaux de contrôle exercé par l'organisme de régulation sur les activités du secteur économique concerné. D'une part, un niveau général, qui suppose une contribution de l'organisme à l'élaboration des politiques. D'autre part, un niveau ponctuel, constitué par les décisions de l'organisme sur des situations particularisées.

2.1.2.1. L'élaboration de politiques

Les exigences de la régulation, sur le plan notamment de la cohérence des décisions, et les formes actuelles d'énonciation des politiques par les organes dirigeants de l'État obligent l'organisme de régulation à élaborer lui-même une partie du « message » politique qu'il a pour mission de relayer vers un secteur économique. Que l'impulsion politique qu'il reçoit soit trop

100. *Id.*, pp. 55-95.

101. Voir *supra*, note 91.

imprécise, ou qu'elle fasse même totalement défaut, l'organisme de régulation peut utiliser trois modes d'élaboration de politiques.

2.1.2.1.1. L'utilisation des pouvoirs réglementaires

Bien qu'il ait souvent un caractère technique et très détaillé, le règlement peut quelquefois être considéré comme un moyen d'expression d'une politique¹⁰². La meilleure preuve en est peut-être le fait, dont on a déjà noté quelques exemples, que le législateur laisse rarement entre les mains d'un organisme de régulation un pouvoir réglementaire étendu et libre de tutelle. On peut en conclure que le gouvernement veille à se réserver la maîtrise ultime, sinon exclusive, de cet instrument de mise au point de sa politique. Dans la mesure où l'organisme de régulation est titulaire de pouvoirs réglementaires, il lui est loisible d'en faire usage dans le même sens.

2.1.2.1.2. L'utilisation des pouvoirs juridictionnels

La technique la plus généralement utilisée par les organismes de régulation pour définir une politique est la jurisprudence. C'est par l'accumulation de décisions d'espèces, à l'occasion desquelles on s'efforce de préciser le sens de notions tirées de la législation propre à ce domaine de régulation, du droit commun, ou de la jurisprudence d'organismes comparables (notamment américains)¹⁰³. Certains textes fournissent à cette « jurisprudence économique » un vaste champ d'interprétation¹⁰⁴; tel celui-ci, de facture classique, tiré de la *Loi sur la REG*¹⁰⁵:

25. Aucun distributeur ne peut exiger, pour le gaz qu'il vend ou distribue, un prix ou des taux plus élevés qu'il n'est nécessaire pour lui permettre de rencontrer les dépenses de l'entreprise et lui assurer un rendement raisonnable sur la juste valeur de ses investissements dans l'entreprise, ces prix ou taux ne devant en aucun cas excéder ceux autorisés ou décrétés par la régie.

D'autres textes, plus récents, tentent d'objectiver l'appréciation laissée à l'organisme au moyen d'une liste de critères, dont il doit être tenu compte. La *Loi sur l'ONE*¹⁰⁶ en fournit plusieurs exemples, dont celui-ci:

44. Sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, l'Office peut délivrer un certificat à l'égard d'un pipe-line ou d'une ligne internationale de transmission

102. W. ATKINSON, *supra*, note 43, pp. 204-215.

103. Voir C.G. EDGE, « La continuité des décisions réglementaires — Difficulté à surmonter ou occasion à saisir? », [1982] 3 *Rec. jur. adm.* 15-20.

104. I. McDOUGALL, « The Canadian National Energy Board: Economic Jurisprudence in the National Interest? », (1973) 11 *Alta. L. Rev.* 327; voir par exemple *Trans Mountain Pipe Line c. Office national de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 118.

105. *Supra*, note 47.

106. *Supra*, note 36.

de force motrice si l'Office est convaincu que la commodité et la nécessité publiques requièrent présentement et requerront à l'avenir la canalisation ou la ligne internationale de transmission et, en étudiant une demande de certificat, celui-ci doit tenir compte de toutes les données qui lui semblent pertinentes, et, sans limiter la généralité de ce qui précède, peut considérer ce qui suit :

- a) l'accessibilité du pétrole ou du gaz au pipe-line, ou de la force motrice à la ligne internationale de transmission de force motrice, selon le cas ;
- b) l'existence de marchés, effectifs ou possibles ;
- c) la praticabilité économique du pipe-line ou de la ligne internationale de transmission de force motrice ;
- d) la responsabilité et la structure financières de l'auteur de la demande, les méthodes de financement de la canalisation ou de la ligne internationale de transmission, ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront l'occasion de participer au financement, à l'organisation et à la construction du pipe-line ou de la ligne internationale de transmission de force motrice ; et
- e) tout intérêt public qui, de l'avis de l'Office, peut être atteint par l'octroi ou le rejet de la demande, 1959, c. 46, art. 44.

L'élaboration jurisprudentielle d'une politique par un organisme de régulation présente certains avantages : la souplesse, l'applicabilité concrète des solutions, une capacité d'évolution graduelle. Elle a aussi ses inconvénients : le manque de perspective globale, la dépendance à l'égard des hasards du contentieux, la tendance à la technicité, le problème de la publicité des décisions ¹⁰⁷.

2.1.2.1.3. L'énonciation des politiques

Comme le gouvernement ou le ministre, l'organisme de régulation peut choisir de faire connaître une politique au moyen d'un énoncé indicatif. C'est là une méthode que certains organismes de régulation ont entrepris d'utiliser, avec succès, depuis quelques années ¹⁰⁸. On l'a signalé, ils ont reçu un net encouragement en ce sens de la part de la Cour suprême. Un tel énoncé interviendra souvent sur une matière non encore traitée par la jurisprudence de l'organisme. Il sert alors à laisser prévoir aux intéressés quel serait le contenu d'une décision qu'ils pourraient solliciter. Les décisions prises par la suite, à l'issue d'un processus à caractère juridictionnel, consisteront à appliquer (sans rigidité excessive) la politique ainsi énoncée, et à lui apporter éventuellement des tempéraments justifiés par les particularités d'une situation ¹⁰⁹.

107. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 126-129.

108. JOHNSTON, *supra*, note 21, pp. 24 et 40-41 ; on a pu reprocher à certains organismes de ne pas recourir à cette méthode et de se cantonner à l'étude particularisée de chaque affaire : H.N. JANISCH, *supra*, note 6, pp. 126-131.

109. L'arrêt *Re North Coast Air Services*, [1972] C.F. 390 illustre le degré de généralité qu'un organisme de régulation peut imprimer à l'application d'une politique conçue par lui, et

2.1.2.2. L'arbitrage de situations particularisées

La mise en œuvre de la politique formulée par les organes dirigeants de l'État, et précisée ou complétée dans certains cas par l'organisme de régulation lui-même, se poursuit à travers des décisions, de natures diverses, consistant à arbitrer les divergences d'intérêts entre acteurs économiques à propos d'une situation d'espèce. L'ensemble de ces décisions d'espèce exprime le contrôle direct exercé sur l'activité économique par l'organisme de régulation.

2.1.2.2.1. Le contrôle de l'accès au marché

Un premier groupe de ces décisions reposent sur la limitation de la libre concurrence. Il s'agit là d'un postulat de base de la régulation. Cette limitation a globalement pour objet de stabiliser le marché au point d'équilibre entre les intérêts des entreprises, ceux des usagers-consommateurs, et celui du public à un fonctionnement ordonné du système économique. L'instrument habituel de contrôle de l'accès au marché est le permis (licence, certificat, autorisation, etc.). La possession d'un tel permis devient une condition d'exercice de la liberté d'entreprise. La délivrance du permis est fonction de facteurs divers, précisés par la loi et comportant une marge plus ou moins grande d'appréciation subjective (voir document 2 en annexe) : état du marché, viabilité de l'entreprise, caractéristiques techniques de l'entreprise, nécessité du service, etc.¹¹⁰

2.1.2.2.2. Le contrôle des acteurs économiques

Une fois l'entreprise autorisée à entrer en exploitation, le contrôle de l'organisme de régulation s'attache à ses transformations (cessions, fusions, transferts d'actif, changements de propriété), de manière à ce qu'elles ne

inversement la marge de souplesse qu'il doit lui laisser en fonction des situations atypiques.

110. Voir par exemple les pouvoirs conférés par la *Loi sur l'Office national de l'énergie* relativement à la délivrance de certificats de commodité et nécessité publiques concernant les pipelines (art. 26 et 44), de licences d'importation et d'exportation (art. 81 et 83), et de licences de mouvements interprovinciaux (art. 87.1 et 87.2). Dans certains cas, l'accès d'une entreprise au marché suppose qu'elle obtienne à la fois plusieurs autorisations de cette nature ; voir ainsi les requêtes de la *Société Projet pilote de l'Arctique*, [1982] 3 *Rec. jur. adm.* 12-8.

remettent pas en cause les circonstances qui avaient justifié la délivrance initiale du permis ¹¹¹.

2.1.2.2.3. Le contrôle des moyens d'exploitation

La compétence technique de l'organisme de régulation lui permet de s'assurer que les moyens matériels mis en œuvre par l'entreprise sont aptes à garantir la prestation des biens ou services, et respectent par ailleurs des normes de qualité technique, de sécurité, de salubrité, etc.¹¹² À cet aspect de la régulation se rattache quelquefois une compétence sur les expropriations nécessaires à l'aménagement des moyens d'exploitation de l'entreprise, et plus largement le contrôle de l'organisme sur l'implantation locale de ces moyens par l'entreprise ¹¹³.

2.1.2.2.4. Le contrôle des conditions d'exploitation

Le maintien de l'équilibre entre les intérêts des entreprises et ceux des usagers-consommateurs, tant que l'entreprise est autorisée à poursuivre l'exploitation, suppose une compétence de l'organisme de régulation sur les conditions dans lesquelles seront fournis les biens ou services. Les objectifs principaux sont ici l'égalité d'accès de l'utilisateur-consommateur à la prestation, la qualité et la continuité de cette prestation ¹¹⁴.

111. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 17(3) (cession des certificats ou licences) et 63 (cession des installations ou fusion d'entreprises); *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 41, 42 et 44 (cessions, fusions, modifications au capital social, concentration de la propriété des actions).

112. *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, *supra*, note 36, art. 9b), c) et d) et *Règlement sur le contrôle de l'énergie atomique*, C.R.C., c. 365, art. 8 et ss.; *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 27, 39, 40 et 41 (plans, tracé et caractéristiques techniques des pipelines et lignes internationales de transport d'électricité); *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 19c) et 20c) (implantation et caractéristiques techniques des installations de distribution d'électricité); *Loi sur la distribution du gaz*, *supra*, note 34, art. 2 et 3 (implantation et caractéristiques techniques des installations de distribution de gaz).

113. Ainsi, l'Office national de l'énergie peut-il autoriser l'exploitant d'un oléoduc ou d'un gazoduc à exproprier les terrains nécessaires à la réalisation de l'ouvrage (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 74) ou à en modifier le tracé par rapport au projet ayant initialement fait l'objet d'un certificat de commodité et nécessité publiques (art. 36). L'Office a notamment exercé ce dernier pouvoir dans le cas du gazoduc Montréal-Québec : voir la décision *Trans Canada Pipe Lines*, [1982] 3 *Rec. jur. adm.* 12-14, et N. ROY, *supra*, note 56.1, pp. 216-218.

114. Voir par exemple les pouvoirs conférés à la Régie de l'électricité et du gaz quant au service fourni aux consommateurs par les distributeurs de ces deux formes d'énergie : *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 19b), 20a), 22 et 41.

2.1.2.2.5. Le contrôle des prix

Enfin, l'intervention de l'organisme de régulation dans les situations particularisées concerne le prix de la prestation fournie par l'entreprise soumise à régulation. Elle suppose le pouvoir de l'organisme d'approuver les prix, taux et tarifs. Il le fait généralement en s'efforçant d'imposer à l'utilisateur-consommateur le prix le moins élevé compatible avec la qualité de la prestation, la rentabilité de l'entreprise et les objectifs de la politique économique ¹¹⁵.

2.2. L'organisme de régulation et le mouvement ascendant d'informations

Nous avons présenté le mouvement ascendant d'informations comme la transmission de l'opinion des citoyens aux dirigeants politiques à travers l'appareil administratif, qui joue à la fois le rôle de relais et de destinataire de ces informations. C'est ce flux d'informations, qui n'empruntent pas le canal formel du suffrage politique, que nous englobons sous le terme de participation.

Dans le contexte particulier des organismes administratifs autonomes à fonction de régulation, il faut distinguer deux types de participation, avant de recenser les « participants » et d'indiquer dans quel cadre procédural s'inscrivent leurs communications à ces organismes et aux dirigeants politiques.

2.2.1. Les types de participation

Aux deux niveaux de contrôle exercé par l'organisme de régulation sur l'activité économique — l'élaboration de politiques et l'arbitrage de situations particularisées — correspondent, en gros, deux types de participation.

2.2.1.1. La participation à l'élaboration des options économiques

L'organisme de régulation peut être impliqué dans l'élaboration d'options économiques globales, de politiques économiques, à deux titres différents. Ou bien il est lui-même définisseur de politiques ; nous avons noté

115. *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, Partie IV ; *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 12, 15, 25, 28 et 29. La REG doit nécessairement tenir compte, dans la fixation du tarif des distributeurs de gaz, des décisions de l'ONE sur le prix du gaz : voir la décision *Gaz provincial du Nord de Québec*, [1982] 3 *Rec. jur. adm.* 12-77.

en effet que dans certains secteurs la technique de la régulation par un organisme autonome a un objectif d'orientation économique, et qu'il revient alors à l'organisme de formuler cette orientation, compte tenu le cas échéant de l'existence d'un énoncé législatif de politique. Ou bien l'organisme de régulation n'est que le conseiller du ministre ou du gouvernement, qui se réserve le véritable rôle de définisseur de politique, et son rôle se borne à mettre ses connaissances techniques à profit pour recueillir de l'information en vue d'une éventuelle décision des organes dirigeants.

L'élargissement des finalités de la régulation entraîne normalement un accroissement du nombre et de la diversité des intérêts susceptibles d'être touchés ou concernés et donc désireux de participer à l'élaboration de la politique ou à la consultation préparatoire. D'où une plus grande complexité, et une efficacité moins grande du processus de participation. On pourrait parler d'« effet cacophonique », dont la neutralisation exige des amendements procéduraux permettant la mise en commun des interventions dans le processus. En fait, à ce niveau, la généralité même des questions à débattre entraîne une dévaluation des apports dispersés. De surcroît, elle suppose de la part des intervenants une assise idéologique relativement cohérente, une opinion structurée fondée sur une information approfondie. Aussi, le nombre des intervenants possibles est-il réduit, et le caractère des interventions assez peu différent de celles que permettent les institutions démocratiques formalisées.

Ainsi est-on porté à croire que le forum naturel de ce type de participation ne se trouve pas devant un organisme de régulation, mais bien à la source même de l'impulsion politique, c'est-à-dire devant le Parlement. En effet, même lorsque l'organisme de régulation est appelé à définir des politiques, ce n'est jamais qu'en second, après que le Parlement ait exprimé — en termes peut-être imprécis, mais que la participation lui permettrait peut-être de préciser — une orientation politique fondamentale. La participation à l'élaboration des options de politique économique semble devoir être aménagée plutôt devant une commission parlementaire que devant l'organisme de régulation.

2.2.1.2. La participation aux arbitrages de situations particularisées

Pour ce qui est de l'autre volet du contrôle exercé par l'organisme de régulation sur l'activité économique, il paraît normal de prévoir une participation des citoyens à la préparation des décisions, d'autant que celle-ci suit fréquemment un processus de type juridictionnel. Des nuances s'imposent cependant. Aux différents types de situation soumises à l'arbitrage

de l'organisme de régulation correspondent différentes modalités de ce processus juridictionnel.

2.2.1.2.1. Le modèle quasi contractuel : l'octroi d'un privilège

Dans un premier type de situations, une entreprise s'adresse à l'organisme de régulation pour obtenir de lui une autorisation, notamment celle d'accéder au marché. Pour différentes raisons (caractère étroitement local de l'activité économique concernée, caractère limité ou très technique de l'autorisation demandée, extrême diffusion des autres intérêts concernés, etc.), personne d'autre que l'entreprise requérante ne peut ou ne souhaite intervenir dans la préparation de la décision. Le processus se réduit donc à un dialogue entre le contrôleur et le contrôlé. La décision accordant éventuellement l'autorisation demandée s'apparente, notamment lorsque l'activité soumise à la régulation est un service public, à un contrat de concession par lequel l'organisme de régulation accorde un monopole d'exploitation en contrepartie du respect de certaines conditions fixées dans l'intérêt général. Par la nature même de ce genre de situations, la notion de participation est inopérante.

2.2.1.2.2. Le modèle juridictionnel bipolaire ¹¹⁶

Dans un second type de situations, le caractère de l'arbitrage effectué par l'organisme de régulation se modifie. Alors que dans le premier cas, l'organisme devait concilier l'intérêt général mis en cause par une certaine forme d'activité économique privée et les demandes d'une entreprise, intervient dans ce deuxième cas la nécessité d'arbitrer en outre entre deux intérêts privés divergents. Il s'agit par exemple des situations où une entreprise sollicite une autorisation de l'organisme de régulation, et où une entreprise concurrente s'oppose à cette demande, notamment pour protéger le monopole que lui a antérieurement accordé l'organisme. L'opposant peut aussi être l'utilisateur unique de service assuré par l'entreprise, ou le titulaire d'un droit auquel l'entreprise veut pouvoir porter atteinte (par une expropriation, une servitude, etc.). Dans une certaine mesure, le processus décisionnel s'assimile au débat contradictoire classique. La participation n'est rien d'autre ici que l'application du droit d'être entendu dans une affaire où deux parties font valoir devant un tiers arbitre des prétentions

116. La notion de « bipolarité », et celle de « polycentrisme » qui lui fait pendant, sont empruntées à L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », (1978) 2 *Harv. L. Rev.* 353.

opposées. Ce type de situations bipolaires n'appelle pas, par sa nature, la participation d'autres intérêts. Il appelle plutôt une procédure de type juridictionnel.

2.2.1.2.3. Le modèle inquisitoire polycentrique

Dans un troisième type de situations, la demande présentée à l'organisme de régulation par une entreprise met en cause un cercle d'intérêts beaucoup plus étendu : concurrents, fournisseurs, clients, consommateurs, collectivités locales, groupements d'intérêts ou d'opinion, etc. La nature du processus se trouve transformée. Il vise alors moins à départager des parties qu'à informer l'organisme d'un ensemble de considérations qu'il va devoir pondérer entre elles et par rapport à un intérêt général. La décision à rendre a un objet complexe : selon le point de vue de chacun des intervenants, l'objet du débat n'est pas exactement le même. La question soulevée par le débat a plusieurs centres. Plutôt que d'un procès, il s'agit d'une véritable enquête. C'est évidemment là le terrain d'élection de la participation.

2.2.2. Les agents de la participation

La participation, au sens propre, concerne l'activité de l'organisme de régulation. Avant de recenser brièvement les catégories de participants, il n'est pas inutile de rappeler qu'une certaine forme de participation intéresse la composition de l'organisme de régulation.

2.2.2.1. La représentation des intérêts au sein de l'organisme de régulation

Les divers intérêts mis en jeu par les activités privées dans un secteur économique doivent être considérés dans le processus de décision. Tel est l'objet de la participation proprement dite. Mais ils peuvent aussi prétendre légitimement être représentés dans la composition de l'autorité qui décide. Cette représentation est pour ainsi dire le reflet institutionnel de la participation.¹¹⁷

2.2.2.1.1. L'exigence de représentativité des organismes publics

L'administration d'un État démocratique doit être, globalement, représentative de la société qu'elle dessert. C'est le sens des aspirations à une juste

117. H. BRUN et D. LEMIEUX, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ? », (1977) 18 *C. de D.* 265, pp. 303-306.

représentation des femmes, des minorités ethniques et linguistiques, des régions, dans l'effectif de la fonction publique. Dans le cas des organismes administratifs autonomes, cette exigence de représentativité peut s'exprimer au niveau dirigeant grâce à la formule de l'organe collégial, qui n'est pas utilisée dans l'administration centralisée. Suivant la fonction dominante de l'organisme autonome, on s'attend à ce que la composition de cet organe collégial reflète les caractéristiques du milieu social qu'il dessert.

2.2.2.1.2. L'exigence de compétence spécialisée et le risque de « capture »

Dans le cas des organismes autonomes dont la fonction revêt un caractère technique, cette exigence de représentativité se double de la nécessité de faire appel pour former l'organe dirigeant à des personnes possédant des compétences spécialisées. D'où la présence au sein de l'organisme de régulation de personnes familiarisées avec le secteur économique visé. Cette familiarité et la compréhension qu'elle suppose à l'endroit des activités et des buts propres aux acteurs économiques de ce secteur peut menacer la liberté de décision de l'organisme et sa fidélité à l'intérêt général qu'il est chargé de garantir¹¹⁸. Ce risque a été présenté par certains comme une fatalité inhérente à la notion même de régulation économique par un organisme administratif autonome. C'est la théorie du dépérissement inévitable de l'organisme de régulation, conduisant à sa « capture » et à son asservissement aux intérêts des acteurs économiques privés qu'il était initialement chargé de contrôler dans l'intérêt général¹¹⁹. La validité de cette thèse d'origine américaine dans le contexte canadien et québécois a été mise en doute¹²⁰. L'analyse de la composition des organismes administratifs autonomes montre plutôt que s'il existe un risque de « capture », il proviendrait plus vraisemblablement des échanges constants de personnel dirigeant entre la haute fonction publique et les organismes de régulation¹²¹.

118. *Id.*, pp. 306-311 ; A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 43-45 ; B. DOERN, *supra*, note 19, pp. 38-42 ; voir l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, *supra*, note 39.

119. M.H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton U. Press, 1955, pp. 74-102. On a opposé à cette thèse, aux États-Unis, que la vigilance des groupements d'intérêts et d'opinion et l'appui qu'ils reçoivent dans certains cas du personnel des organismes de régulation permettent de combattre la force d'attraction exercée sur l'organisme par les entreprises soumises à régulation : P. SABATIER, « Social Movements and Regulatory Agencies », (1975) 6 *Policy Sciences* 301.

120. B. DOERN *et al.*, *supra*, note 17, p. 193.

121. C. ANDREW et R. PELLETIER, *supra*, note 60, pp. 93-97.

2.2.2.2. Les participants

L'observation des réalités de la participation devant les organismes de régulation permet d'identifier un certain nombre de catégories de participants, plus ou moins actifs selon les cas ¹²².

2.2.2.2.1. Les entreprises soumises à régulation

Il est facile de comprendre que les décisions d'un organisme de régulation relativement à une entreprise intéressent directement d'autres entreprises du même secteur dont les activités sont concurrentes et complémentaires. Dans la mesure où leur vigilance est suffisante et où leurs moyens le leur permettent, ces entreprises vont souhaiter participer à l'élaboration de ces décisions.

2.2.2.2.2. Les usagers-consommateurs

Cette catégorie de personnes a aussi un intérêt évident à faire valoir devant les organismes de régulation. Certes, il relève de la mission même d'un organisme de régulation de tenir compte de l'intérêt des usagers et consommateurs des services et des biens produits par les entreprises du secteur placé sous son contrôle. Mais la composition de l'organisme ne traduit pas toujours — assez rarement, en fait — cette préoccupation souhaitable. Aussi faut-il s'attendre à ce que les usagers-consommateurs cherchent à participer au processus de décision de l'organisme de régulation. Les difficultés d'organiser la participation d'un groupement d'intérêts aussi diffus sont bien connues ¹²³. Il suffira de les rappeler ici, et d'évoquer la proposition formulée par certains de créer au sein de l'appareil d'État une institution permanente dont la vocation serait de représenter l'intérêt des usagers-consommateurs devant les instances administratives de décision en matière économique, notamment devant les organismes de régulation ¹²⁴.

122. On trouvera une typologie des participants aux audiences publiques dans E.D. BAYDA, « The Adequacy of the Public Inquiry Process for Assessing Major Nuclear Facilities », (1980-81) 45 *Sask. L. Rev.* 3.

123. Voir notamment G. KANE, *supra*, note 49 et H.N. JANISCH, « Reforming Regulation: A Consumer Perspective », (1982) 8 *Anal. de pol.* 28; A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 164-165.

124. M. TREBILCOCK, « The Consumer Interest », p. 94, in B. DOERN (dir.), *supra*, note 17, pp. 102 et ss.

2.2.2.2.3. Les instances étatiques

Cette proposition relative à la représentation des consommateurs soulève le problème plus général de la participation d'instances étatiques au processus de décision des organismes de régulation. Le cas de l'entreprise publique soumise à la régulation doit d'abord être distingué : il se confond avec celui des autres entreprises soumises à la régulation ¹²⁵. Plus délicate est l'hypothèse où le ministre responsable du secteur souhaiterait faire valoir les objectifs de la politique économique du gouvernement devant l'organisme de régulation à l'occasion de la préparation d'une décision concernant une situation particularisée. Cette intervention ne paraît admissible que si elle a précisément pour but de faire valoir auprès de l'organisme des considérations dont ses attributions limitées à un secteur économique l'empêchent de tenir compte d'office. Il ne saurait s'agir là que d'une intervention exceptionnelle, justifiée par d'impérieux motifs de coordination des politiques économiques, sans quoi la notion même d'organisme autonome, sous son double aspect d'autonomie et de spécialisation, serait compromise. A fortiori ne saurait-on concevoir qu'un ministre fasse valoir devant l'organisme de régulation des considérations relevant de la compétence de l'organisme et concernant spécifiquement la situation particularisée qui fait l'objet de la décision ¹²⁶.

Une autre hypothèse délicate concerne la participation des gouvernements provinciaux au processus de décision des organismes fédéraux de régulation ¹²⁷. Cette participation s'est faite plus fréquente depuis quelques années ¹²⁸. Non pas que les gouvernements provinciaux en soient de fervents partisans ; ils préféreraient sans doute souvent faire valoir leurs préoccupations directement auprès du gouvernement fédéral, en escomptant que celui-ci en tienne compte dans la définition de sa politique. Mais puisque l'autonomie des organismes de régulation prive le gouvernement fédéral de prise directe sur eux, les représentations des provinces risquent de rester lettre morte. Aussi les provinces ont-elles considéré avec intérêt les propositions tendant à reconnaître au gouvernement fédéral le pouvoir de donner des directives aux organismes fédéraux de régulation ¹²⁹.

125. Sauf, bien sûr, si la compétence de l'organisme de régulation ne s'étend pas aux activités de l'entreprise publique. C'est le cas par exemple au Québec où la Régie des services publics n'a pas compétence sur les activités de l'Hydro-Québec.

126. Voir P. GARANT, *supra*, note 21, pp. 131-134 ; P. KENIFF *et al.*, *supra*, note 78, pp. 224-225 ; pour un avis favorable à de telles interventions, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 98-99. Cf. *Canton d'Innisfil v. Canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145.

127. R. SCHULTZ, *supra*, note 52.

128. Voir par exemple A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, p. 72.

129. H.N. JANISCH, *supra*, note 2, p. 93 ; L. VANDERVORT, *supra*, note 86, pp. 165-169.

2.2.2.2.4. Les experts

Le scientifique et le technicien ne sont pas toujours friands de publicité. L'exposition des idées scientifiques ne fait pas toujours bon ménage avec le débat politique, même lorsque ce débat est canalisé par un processus de type juridictionnel. Aussi la participation des experts est-elle rarement un phénomène d'intervention spontanée, du moins lorsqu'il s'agit de sciences naturelles. L'expert sera plutôt l'auxiliaire des participants ou de l'organisme de régulation qu'un participant lui-même ¹³⁰.

2.2.2.2.5. Les groupements d'intérêts et d'opinion

Cette catégorie recouvre à peu près toutes les manifestations de la vie associative, mis à part le cas des consommateurs, dont on a déjà parlé. La participation de certains de ces groupes, puissants et bien organisés (par ex. les organisations patronales et syndicales) ne soulève pas de difficultés particulières. Il n'en va pas de même pour d'autres groupes, moins solidement ancrés dans la vie économique et sociale et dont la représentativité est plus diffuse. Particulièrement délicate est la situation de certains groupes d'opinion et de pression qui se sont constitués depuis quelques années, au Canada anglophone, avec le projet précisément de représenter devant les instances administratives de décision économique le point de vue de l'« intérêt public », c'est-à-dire les intérêts généraux qui, faute de porte-parole attitrés, risquent d'être évacués du processus décisionnel ¹³¹. La volonté de participation de ces groupes a été jugée utile, et ils ont parfois bénéficié d'un financement public. Diverses propositions ont été formulées, notamment par le Conseil économique du Canada, en vue de leur assurer ce financement de manière permanente; cette assistance devrait leur permettre, selon le Conseil, de participer à divers processus de décision, notamment à la préparation de nouveaux textes réglementaires fédéraux en matière économique et sociale. En outre, le Conseil s'est déclaré favorable à la pratique déjà adoptée par certains organismes provinciaux de régulation, et consistant à faire supporter les frais de participation de ces groupes par les entreprises soumises à

130. Voir L. SALTER et D. SLACO, *Public Inquiries in Canada*, Ottawa, Conseil des Sciences du Canada, 1981, pp. 169-170.

131. A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 172-173; B. DOERN, *supra*, note 19, pp. 28-29; D. FOX, *La participation du public au mécanisme administratif*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1979, pp. 133-142; A.B. VILLANUEVA, « Nuclear Power, Private Attorneys General, and The Regulatory Process », (1975) 18 *Adm. pub. Can.* 399.

régulation et les usagers-consommateurs des services et biens fournis par ces entreprises ¹³².

2.2.2.2.6. Le grand public

Reste à considérer la participation du simple citoyen au processus de régulation économique. Elle est à vrai dire plus théorique que réelle. L'inévitable technicité de la régulation décourage les initiatives individuelles et il faut sans doute estimer que c'est à travers la participation de groupes organisés, capables d'une intervention suffisamment documentée, que l'individu peut le mieux se faire entendre ¹³³.

2.2.3. Le cadre procédural de la participation

Par hypothèse, la participation des citoyens, à quelque catégorie d'intérêts qu'ils appartiennent, exige un cadre procédural ouvert. Le secret bureaucratique et la participation sont des phénomènes antinomiques, et on voit mal une autorité administrative pratiquer l'un et l'autre concurremment. Mis à part les impératifs du droit au secret, d'intérêts nationaux supérieurs et de la libre délibération des décideurs publics, un organisme de régulation ne peut être à la fois ouvert à la participation des citoyens et refermé sur lui-même. Ceci dit, la diversité des décisions que sont appelés à prendre les organismes de régulation impose une certaine diversification de leur cadre procédural. ¹³⁴

2.2.3.1. La consultation continue

Les exigences de compétence technique applicables à bon droit aux organismes de régulation justifie le maintien de rapports de consultation et de canaux de communication continus entre ces organismes et le milieu ambiant. Il faut souhaiter que ce milieu ne soit pas abusivement restreint aux entreprises soumises à régulation, aux autorités administratives compétentes

132. CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *supra*, note 25 (1981), pp. 161-162 : voir dans le même sens COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 116-121, et S. McCALLUM et G. WATKINS, « Citizens' Costs Before Administrative Tribunals », (1975) 23 *Chitty's L.J.* 181.

133. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, pp. 121-122.

134. En ce sens s'impose un choix entre les deux modèles de régulation évoqués par B. DOERN, *supra*, note 19, pp. 35-37, à propos de la Commission de contrôle de l'énergie atomique : le modèle de régulation à ouverture professionnelle et le modèle de régulation à ouverture démocratique.

pour les domaines connexes, et à quelques groupements d'intérêts particulièrement influents ¹³⁵. Cette consultation continue doit englober l'ensemble des intérêts liés au secteur économique concerné. Cette consultation et l'échange d'informations auquel elle donne lieu est une condition d'effectivité de la participation ultérieure aux processus de décision. Elle ne doit cependant pas conduire à court-circuiter ces processus au moyen d'arrangements officieux.

2.2.3.2. L'instruction du dossier

Pour certains organismes de régulation, un certain nombre d'affaires présentent un caractère de routine et doivent, sous peine d'engorgement du processus, être traitées de manière relativement sommaire par une procédure d'instruction écrite ¹³⁶. Il s'agit essentiellement de situations que nous avons décrites comme assimilables à un modèle quasi contractuel de décisions. Ce cadre procédural ne se prête pas à la participation, mais il n'y a pas lieu de s'en formaliser étant donné le caractère de la décision à rendre.

2.2.3.3. L'audience restreinte

Pour une autre catégorie d'affaires, relevant essentiellement de ce que nous avons appelé le modèle juridictionnel bipolaire, la participation paraît également d'un faible intérêt. Il suffit alors à l'organisme de régulation d'entendre les parties dont les prétentions s'opposent pour procéder à l'arbitrage de la situation. Bien que formellement publique, l'audience ne suscite que l'intervention des acteurs économiques directement intéressés ; cela ne justifie pas d'inquiétude, en raison des répercussions limitées de la décision et de l'impossibilité d'aménager une participation significative des tiers éventuellement touchés par elle ¹³⁷.

2.2.3.4. L'audience publique

Les audiences publiques des principaux organismes fédéraux et québécois de régulation sont devenues un moment important de la vie économique et

135. Les risques que comportent, pour le déroulement normal des activités de l'organisme de régulation, des rapports trop étroits sous forme de consultation réciproque par des voies officieuses entre l'organisme, l'appareil gouvernemental et les entreprises soumises à régulation, ont été évoqués par A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 35-45 et 75-76 ; H.N. JANISCH, *supra*, note 6, pp. 57-60 ; B. DOERN, *supra*, note 19, pp. 42-43 ; voir aussi COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *supra*, note 12, p. 91.

136. Voir par exemple C. JOHNSTON, *supra*, note 21, pp. 28-29 et 35-37 ; H.N. JANISCH, *supra*, note 6, pp. 60-66 et 76-77.

137. Ce type de situations est particulièrement courant en matière de commerce de détail de l'alcool ou de transport routier.

sociale du pays. Le cadre procédural qui leur est généralement donné correspond à ce que nous avons appelé le modèle inquisitoire polycentrique. Ce cadre est susceptible de s'appliquer, avec un certain nombre de variantes, d'une part à l'exercice des pouvoirs juridictionnels des organismes de régulation (*adjudicative hearings*) et d'autre part, plus rarement, à l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires (*rule-making hearings*)¹³⁸. Certaines de ces audiences ont donné lieu à l'intervention de toutes les catégories de participants : entreprises, groupements de consommateurs, gouvernements provinciaux, groupements d'intérêts et d'opinion les plus divers, et même à l'occasion, d'individus isolés. Il serait fastidieux de décrire ici la procédure suivie par chacun des grands organismes de régulation lors de ces audiences¹³⁹. On se bornera à en signaler les caractéristiques les plus courantes. Ces audiences font l'objet de préavis, diffusés notamment par la presse¹⁴⁰. Les parties souhaitant y intervenir se font généralement représenter par avocat. L'audience est précédée de la communication préalable des pièces et par des conférences préparatoires permettant de sérier les questions, de convenir de l'ordre dans lequel elles seront traitées, et de réduire les doublons d'argumentation et de preuve entre les parties¹⁴¹. À l'audience, l'organisme de régulation est assisté d'un conseiller juridique, dont la mission est d'assurer la présentation complète de la preuve par toutes les parties et de négocier avec elles les aménagements de la procédure¹⁴². Les parties produisent des témoins, qui déposent au moyen d'un interrogatoire ou quelquefois en lisant une déclaration. Ces témoins peuvent être contre-interrogés par les autres parties¹⁴³. Bien que la procédure s'apparente ainsi à

138. Sur les audiences publiques concernant un projet de réglementation, voir A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 27-32.

139. Dans le secteur de l'énergie, on pourra consulter A. LUCAS et T. BELL, *supra*, note 19, pp. 57-74 ; P. GARANT, *supra*, note 19, pp. 38 et ss. ; la Commission de contrôle de l'énergie atomique, on l'a vu (*supra*, note 40), ne recourt pas pour sa part à une procédure d'audience publique. Sur l'ensemble des organismes de régulation, on doit faire deux observations. La première est qu'ils jouissent en général, de par les termes mêmes de leur loi constitutive, d'une latitude considérable dans l'aménagement de la procédure de leurs audiences ; voir par exemple : *Loi sur l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 36, art. 7, 12 et 16 ; *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie*, C.R.C., c. 1057, art. 3 ; *Loi sur la Régie de l'électricité et du gaz*, *supra*, note 47, art. 39 et 49. La seconde est qu'en raison de cette large autonomie sur le plan de la procédure et des particularités de leur champ de compétence ils présentent une grande diversité dans le détail des règles applicables à leurs audiences.

140. Voir par l'exemple : *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 139, art. 10.

141. *Id.*, art. 17.

142. Voir J.E. MCCORMICK, « Le rôle des conseillers juridiques », [1981] 2 *Rec. jur. adm.* 5-85.

143. Voir par exemple : *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie*, *supra*, note 139, art. 18 et 21.

celle du procès contradictoire, elle comporte en général un formalisme moins rigoureux. Il peut paraître à première vue peu favorable à la participation d'ajouter ainsi à la technicité de la matière la relative complexité du procès judiciaire, même atténuée. En fait, l'expérience enseigne que le respect du caractère contradictoire de la procédure est le meilleur moyen d'assurer une participation équilibrée des intérêts en présence des parties bénéficiant du soutien technique et scientifique le plus important. Ce n'est d'ailleurs pas là le seul domaine du droit où l'on ait pu constater que la règle de procédure est la garante de l'effectivité des droits et de l'équité.

3. Les équilibres nécessaires au double mouvement d'informations à travers l'organisme de régulation

Les caractéristiques de l'organisme de régulation comme forme d'organisation administrative lui permettent de remplir avec une efficacité particulière la double fonction de contrôle et de participation assignée à l'ensemble de l'appareil administratif. En effet, d'une part, la régulation économique au moyen d'un organisme administratif autonome, telle qu'elle est pratiquée au Canada et au Québec, permet à l'État d'exercer un contrôle étendu et ramifié de l'activité économique privée dans le secteur soumis à régulation. D'autre part, grâce à une ouverture et une sensibilité relativement plus grande aux divers intérêts présents dans le secteur qu'il contrôle, l'organisme de régulation peut être le lieu d'une participation continue et significative. Encore faut-il que soit préservées les caractéristiques qui confèrent à l'organisme de régulation ces aptitudes particulières. La qualité de ce double mouvement d'informations repose, semble-t-il, sur le maintien d'une série d'équilibres.

3.1. L'équilibre dans les rapports institutionnels entre le gouvernement, le Parlement et l'organisme de régulation

Le problème de la définition des rapports entre le Parlement, le gouvernement et les autorités administratives décentralisées n'est pas particulier aux organismes de régulation. Mais il se pose dans leur cas avec plus d'acuité, étant donné la part importante que prennent plusieurs d'entre eux à l'élaboration de la politique de l'État à l'égard du secteur économique relevant de leur compétence. Depuis plusieurs années, un mouvement se fait sentir en faveur de la reprise en main de l'impulsion politique par le gouvernement. Ce mouvement se traduit notamment par une tendance à circonscrire plus étroitement le champ de compétence des organismes de régulation, et surtout par la revendication au bénéfice des dirigeants

politiques d'un pouvoir de donner des directives à ces organismes. Dans son principe, on peut difficilement s'opposer à ce mouvement : il est conforme à notre conception du gouvernement parlementaire. L'hypothèse d'un pouvoir de donner des directives est d'autant plus acceptable lorsque l'on envisage d'associer l'organisme de régulation à leur élaboration. Reste à résoudre la question de l'intégration de ces textes nouveaux à la hiérarchie des normes juridiques.

Ce « rééquilibrage » au profit du gouvernement paraît souhaitable ; mais il faut en voir le danger et la limite.

Le danger d'une accentuation du contrôle exercé par le gouvernement sur l'organisme de régulation, et à travers lui sur le secteur soumis à régulation, est précisément de privilégier la fonction de contrôle au détriment de la fonction de participation. Ce que le gouvernement gagne sur le plan du contrôle risque d'être autant perdu sur le plan de la participation. En effet, la participation devant un organisme de régulation affaibli ou en tout cas plus strictement encadré perd de son intérêt et sans doute aussi de son efficacité ; et elle ne peut être remplacée par une participation équivalente devant le gouvernement.

La reprise en main de la régulation par le gouvernement, présentée comme un retour au fonctionnement normal de nos institutions démocratiques, comporte sous cet angle une limite. Renforcer le contrôle exercé par le gouvernement sur l'organisme de régulation ne signifie pas nécessairement — la responsabilité des ministres étant ce qu'elle est — que soit du même coup renforcé le contrôle du Parlement sur la politique de l'État à l'endroit des secteurs économiques soumis à régulation. S'il s'agit bien de restaurer la maîtrise du politique sur un mécanisme — la régulation — qui tend parfois à fonctionner en circuit fermé (à la faveur d'une ostensible primauté du technique), le Parlement doit en bénéficier aussi bien que le gouvernement. Une atténuation des conditions d'autonomie dans lesquelles s'est traditionnellement effectuée la régulation économique n'est justifiable, en regard des institutions parlementaires, que si elle renforce la responsabilité ultime de l'organisme de régulation envers le Parlement, et non pas seulement ses liens fonctionnels avec le gouvernement.

3.2. L'équilibre entre l'autonomie de l'organisme de régulation et le contrôle exercé sur lui

Cette autonomie, indissociable de la notion même d'organisme de régulation, ne saurait s'accommoder d'un dessaisissement complet de la compétence de l'organisme pour concevoir et formuler des politiques. Une

totale reprise en main de la fonction de contrôle par le gouvernement et le Parlement rendrait pratiquement sans objet l'existence même de l'organisme de régulation. Par sa compétence spécialisée, son indépendance à l'endroit du débat politique partisan, son ouverture au milieu économique ambiant, l'organisme de régulation est apte à contribuer à la définition de la politique de l'État, même si le dernier mot doit revenir au gouvernement et au Parlement. Le partage des tâches est, éminemment, une affaire d'équilibre. La délimitation optimale n'est pas forcément la même dans tous les secteurs. On peut néanmoins prendre pour acquis que l'encadrement des aspects les plus techniques relève légitimement de l'organisme de régulation, tandis que le rôle du gouvernement serait plutôt d'énoncer — en forme de directives adoptées par décret en vertu d'une habilitation donnée par la loi — les modulations conjoncturelles des grandes orientations posées dans la législation.

Ainsi, le contrôle exercé par le gouvernement ne se situe pas dans l'action quotidienne de l'organisme de régulation. Il doit plutôt s'agir d'une capacité d'orienter cette action *a priori*, périodiquement et dans les grandes lignes. La critique continue des décisions de l'organisme revient plutôt au Parlement, selon des modalités et dans un cadre qui restent à inventer. L'hypothèse la plus sérieuse de surveillance parlementaire est celle qui repose sur la création d'une commission spécialisée, avec le pouvoir de convoquer une ou deux fois l'an les dirigeants des organismes autonomes. Cette surveillance ne peut être que cela : l'autonomie de l'organisme de régulation n'est pas conciliable avec un pouvoir de censure ou d'intervention directes du Parlement.

3.3. L'équilibre entre les diverses formes d'intervention étatique dans le secteur économique soumis à régulation

On l'a vu, la mise en place d'un organisme administratif autonome à fonction de régulation n'est qu'une des voies d'intervention économique empruntées par l'État au Canada et au Québec. Le choix de ce mode d'intervention n'exclut pas le recours simultané aux procédés classiques de la police économique ou à l'entreprise publique. La concomitance de ces interventions pose le problème de leur harmonisation. Il s'agit d'une part de coordonner ces interventions de manière à rendre leurs résultats cohérents. La politique de subventions pratiquée par un ministère ne doit pas, par exemple, fausser l'application d'une politique de concurrence entre les entreprises d'un secteur, élaborée par un organisme de régulation. Il s'agit d'autre part, et sur un plan plus fondamental, de permettre à chacun de ces modes d'intervention étatique de trouver véritablement son sens. C'est à ce

propos que l'on peut soulever le difficile problème des rapports entre l'organisme de régulation et l'entreprise publique. Soumettre l'entreprise publique à la compétence de l'organisme de régulation crée une situation où l'État peut apparaître comme juge et partie. Ne pas le faire expose au reproche d'accorder à l'entreprise publique une situation privilégiée par rapport à ses concurrentes privées.

À la limite, l'utilité de l'organisme de régulation peut être remise en cause si l'entreprise publique est l'acteur économique dominant dans le secteur soumis à régulation. Le secteur de l'énergie illustre ce type de problème. La régulation du sous-secteur nucléaire par la Commission de contrôle de l'énergie atomique revêt un caractère quelque peu artificiel, dès lors que les principaux acteurs économiques — du moins pour ce qui est de la production d'énergie nucléaire à grande échelle — sont des entreprises publiques fédérales ou provinciales. Paraît également en porte-à-faux, pour d'autres motifs, le système de régulation du sous-secteur de l'électricité au Québec : la Régie de l'électricité et du gaz n'a compétence que sur des producteurs et distributeurs marginaux, à l'exclusion complète des activités de l'Hydro-Québec.

Sur ce terrain également, les solutions doivent tenir compte des particularités de chaque secteur d'activité économique. Cependant, l'option en faveur de la régulation au moyen d'un organisme administratif autonome traduit, dans une certaine mesure, la renonciation par l'État à des procédés entièrement unilatéraux pour orienter le secteur concerné. Cette option en faveur de la négociation, de la concertation et du compromis entre intérêts divergents, dans une perspective d'intérêt général, doit conserver son sens et sa portée même si l'État choisit par ailleurs d'intervenir aussi au moyen d'une entreprise publique. Peut-être y a-t-il bien quelque absurdité à soumettre globalement l'entreprise publique, censée porteuse de l'intérêt général, à la compétence de l'organisme de régulation, arbitre de l'intérêt général. Peut-être le contrôle exercé par l'organisme de régulation doit-il alors prendre des formes particulières, ou ne porter que sur certains aspects des activités de l'entreprise publique. Du moins faut-il penser que l'indépendance complète de l'entreprise publique à l'endroit de ce contrôle (et des exigences de participation qui y sont associées) rend futile, onéreux et injuste le recours à la régulation par un organisme autonome.

3.4. L'équilibre entre la compétence spécialisée de l'organisme de régulation et la cohérence globale des interventions de l'État

L'élargissement observé dans les finalités de la régulation économique révèle une autre dimension de la cohérence nécessaire entre les interventions

de l'État dans la vie sociale. De même que, par rapport à un secteur d'activité économique, les divers modes d'intervention de l'État ne doivent pas tendre à des résultats contradictoires, de même l'intervention globale de l'État dans ce secteur doit-elle tenir compte des politiques poursuivies dans d'autres secteurs et sur d'autres plans.

Cette harmonisation — entre la politique culturelle et la politique économique, par exemple, ou entre la politique agricole et la politique pétrolière se heurte d'emblée à l'obstacle juridique que constitue la définition limitative que doit donner la loi à la mission d'un organisme administratif autonome. S'il déborde le champ de compétence et les fins qui lui sont assignés par la loi, l'organisme de régulation s'expose à une contestation judiciaire fondée sur l'excès ou le détournement de pouvoir. Il ne peut donc chercher ouvertement à tenir compte de données extrinsèques. Pour éviter qu'il le fasse de façon détournée, on peut songer à faire appel de nouveau au gouvernement. En effet, la compétence de ce dernier est générale ; il lui revient naturellement d'assurer la cohérence globale des interventions de l'État dans la vie sociale. Un éventuel pouvoir de donner des directives aux organismes de régulation pourrait être l'instrument de cette coordination. Cette proposition paraît raisonnable, et en même temps susceptible d'applications dangereuses. On ne saurait trop insister sur la nécessité de fonder ce pouvoir de donner des directives sur une habilitation précise donnée par la loi. Cette habilitation devra prévoir non seulement sur quelles matières, mais à quelles fins, le gouvernement ou un ministre pourra formuler de telles directives. Sans quoi la recherche de coordination risque de servir d'alibi à d'intolérables détournements de pouvoir.

3.5. L'équilibre entre la répartition traditionnelle des pouvoirs et leur concentration au bénéfice de l'organisme de régulation

Le souci d'harmonisation des interventions de l'État se manifeste encore sur un autre plan. Il a conduit à rassembler au bénéfice de l'organisme de régulation des pouvoirs dont la nature aurait normalement exigé la dispersion entre plusieurs organismes non seulement des fonctions de décision — faisant tour à tour appel à l'exercice des trois pouvoirs classiques —, mais des fonctions de consultation.

Les avantages de tels regroupements paraissent l'emporter sur les appréhensions que font naître ces violations d'un principe que démentent par ailleurs d'autres éléments de notre système politique. Si un correctif devait s'imposer, il ne faudrait donc pas le chercher dans un démembrement des pouvoirs habituels des organismes de régulation. Le remède à une

concentration de pouvoirs réside plutôt dans l'établissement de contre-pouvoirs. Certains contre-pouvoirs naîtraient de la réintroduction, dans le système de régulation, du gouvernement et du Parlement, deux instances étatiques qu'il ne semble plus possible de laisser aussi complètement à l'écart du processus de régulation économique. D'autres contre-pouvoirs doivent être suscités dans le milieu économique : c'est à quoi s'emploient, depuis plusieurs années, les associations et groupements divers qui s'ingèrent — à bon droit — dans le rapport jusque-là peut-être trop harmonieux entre les organismes de régulation et les entreprises soumises à leur contrôle. En développant sous cette pression leur fonction de participation, les organismes de régulation légitiment en quelque sorte la concentration de pouvoirs dont ils bénéficient, et atténuent ce qu'elle peut avoir d'excessif.

3.6. L'équilibre entre la familiarité de l'organisme de régulation avec le secteur soumis à régulation et la mission d'intérêt général confiée à l'organisme

L'élargissement de la participation est en outre susceptible d'équilibrer les préoccupations trop exclusivement techniques dans lesquelles s'absorbent parfois les organismes de régulation. Le temps n'est plus où l'on pouvait avancer comme principale justification de la création d'un organisme autonome à fonction de régulation la nécessité de confier la surveillance d'un secteur économique à des techniciens experts connaissant bien ce secteur. Certes, cette nécessité existe toujours. Mais elle n'est plus la considération essentielle fondant à la fois la composition de l'organisme, sa mission et sa façon de s'en acquitter. Du fait que les finalités de la régulation se sont considérablement élargies, il est devenu souhaitable de diversifier la composition des organismes de régulation et d'ouvrir leur processus décisionnel à des préoccupations non exclusivement techniques. La régulation en circuit fermé n'est plus (à supposer qu'elle l'ait jamais été) compatible avec les fins recherchées par l'intervention de l'État.

Les compétences que l'on attend aujourd'hui des membres et du personnel des organismes de régulation ne sont plus exclusivement liées à des connaissances techniques ou à une expérience professionnelle directement liées aux activités des entreprises soumises à régulation. L'exercice d'une charge de « régulateur » fait maintenant appel à diverses aptitudes, notamment juridiques, et à une sensibilité à l'environnement social — voire dans certains cas à l'environnement naturel — qui déborde le seul milieu des entreprises soumises à régulation. La recherche des fins d'intérêt général qui président à la régulation d'un secteur économique exige désormais un arbitrage nuancé non seulement entre les points de vue des experts, mais

entre ceux-ci et les préoccupations d'autres groupes économiques et sociaux. D'où le sens et la nécessité de la participation.

3.7. L'équilibre entre la reconnaissance de la participation directe des citoyens et le maintien des formes de participation et de contrôle découlant du système parlementaire

Quels que soient ses mérites, la participation ne saurait cependant résumer à elle seule le caractère démocratique de l'action administrative. Elle est un supplément à l'exercice par les citoyens de leur droit de choisir et de surveiller leurs dirigeants : elle ne se substitue pas à lui. Certes, les pièges et les lourdeurs de la démocratie formelle ont pu faire croire à certains que le salut du citoyen, face au pouvoir d'État, ne pouvait venir que des multiples formes de « démocratie directe » et de participation. Mais la démocratie parlementaire conserve, outre sa légitimité propre, une efficacité et un pouvoir mobilisateur irremplaçables. Si son prestige a semblé pâlir, en regard par exemple de l'éclat que divers groupements ont su donner à leurs interventions devant les organismes de régulation, c'est peut-être faute de moyens véritablement adaptés à sa tâche.

Aussi faut-il mettre à l'ordre du jour des réformes du droit parlementaire et des organismes de régulation une amélioration des canaux de communication et de contrôle entre ces organes et les assemblées parlementaires. Rappelons que l'insuffisance de ces canaux est un problème qui concerne peut-être plus visiblement les organismes de régulation, mais qui intéresse en fait l'ensemble des organismes administratifs autonomes. Le temps est venu pour le Parlement de se donner une vue plus cohérente du vaste appareil administratif décentralisé qu'il a mis en place au fil des années. Une commission parlementaire consacrée en permanence à la surveillance des organismes administratifs autonomes paraît l'instrument tout désigné pour restaurer un certain contrôle parlementaire et fournir en même temps un canal à la participation par l'intermédiaire des élus.

3.8. L'équilibre entre l'ouverture à la participation et la régularité procédurale

L'un des obstacles les plus manifestes à la participation des citoyens au processus décisionnel des organismes de régulation devait être le formalisme qui entoure certaines phases de ce processus. Il s'agit au premier chef de la procédure de type juridictionnel. Traditionnellement, on proposait comme modèle de cette procédure le déroulement de l'instance judiciaire. Un souci de régularité visible du processus décisionnel, renforcé peut-être par une

certaine recherche de respectabilité, a conduit à judiciariser très délibérément les audiences des organismes de régulation. Les avocats des sociétés commerciales, longtemps les seules à comparaître devant les organismes de régulation, n'y ont guère vu d'inconvénient. L'irruption d'autres participants, depuis une quinzaine d'années, a provoqué une remise en cause de ces habitudes.

D'abord rebutés par le formalisme de la procédure, dont les organismes de régulation hésitaient à se défaire, ces nouveaux participants en ont bientôt perçu les avantages. Certes, une procédure dont l'objet est de permettre l'examen et l'appréciation détaillés des éléments d'une « preuve » objective n'est pas *a priori* très propice à l'exposé des préoccupations d'ordre général ou d'arguments très subjectifs. Mais elle constitue en revanche un excellent moyen de rétablir dans le débat un certain équilibre entre des parties dont les ressources sont souvent fort inégales. Aussi les groupements d'intérêts ou d'opinion ont-ils été amenés à constater qu'en affectant leurs ressources à monter un dossier technique convenable et à engager d'habiles avocats pour le défendre, ils pouvaient susciter un débat significatif lors des audiences publiques des organismes de régulation. Leur acceptation de la « règle du jeu », et leur capacité d'en tirer profit, sont donc directement liées à leurs ressources financières. Aussi ne faut-il pas s'étonner que soient en général laissés pour compte les plus petits groupements, ou les citoyens isolés, qui ont rarement les moyens d'obtenir les services professionnels (scientifiques, techniques ou juridiques) indispensables à une participation significative à un débat judiciarisé sur des questions économiques, scientifiques ou techniques. En dépit de certains efforts de la part des organismes de régulation pour atténuer en leur faveur le formalisme de la procédure, ces participants individuels sont habituellement découragés ou à peu près inefficaces.

Peut-être le modèle judiciaire pèse-t-il encore trop lourdement sur le déroulement des audiences publiques devant les organismes de régulation. En dépit de ses mérites, on doit constater qu'il met de sensibles entraves à la participation des citoyens, surtout lorsque ceux-ci ne bénéficient pas des ressources de groupements importants, organisés et quelquefois soutenus par un financement public. Un régime de procédure convenant à plusieurs formes de participation reste encore, pour plusieurs organismes de régulation, à inventer.

3.9. L'équilibre entre la neutralité de l'organisme de régulation et le soutien accordé à certaines formes de participation

Le contournement, encore incomplet, de l'obstacle constitué par le formalisme de la procédure a mis en lumière une seconde difficulté : la

participation peut coûter relativement cher à ceux qui entendent exercer leur droit de participer au processus décisionnel des organismes de régulation. Cet état de choses est déjà critiquable du point de vue des principes démocratiques : la volonté des citoyens de participer à l'élaboration de décisions administratives qui les concernent ne devrait pas être tenue en échec ou brimée par une sélection fondée sur la richesse. On peut en outre estimer que la qualité de ces décisions a beaucoup à gagner de cet apport des citoyens, et qu'une restriction induite à la participation contredit par conséquent les objectifs de la régulation économique.

On a fait appel jusqu'ici à divers expédients pour atténuer l'effet filtrant que comporte le coût de la participation. Le plus simple était sans doute d'accorder à certains groupements, jugés particulièrement représentatifs, des subventions destinées à financer leur participation aux audiences d'organismes de régulation. Un pas de plus a été franchi par certains de ces organismes, qui ont reconnu l'importance et la qualité de l'apport de certains groupements à leur processus décisionnel : ils ont accepté de leur consentir des avances de fonds, à récupérer auprès des entreprises concernées qui sont alors autorisées à majorer leur tarif en conséquence. Ainsi, ce sont les usagers-consommateurs, bénéficiaires ultimes de l'intervention de ces groupements, qui en supportent collectivement le coût. On pourrait concevoir que des mécanismes de cette nature bénéficient non seulement aux groupements organisés, mais aussi aux individus dont la contribution à l'élaboration des décisions serait jugée utile par l'organisme de régulation. Il serait erroné de croire qu'en faisant ainsi bon accueil à certaines formes de participation, l'organisme de régulation sacrifierait la neutralité qu'exige sa mission : en réalité, il ne ferait que reconnaître les véritables rapports de force à l'intérieur du secteur économique soumis à son contrôle, et s'assurer que les intérêts divergents soient convenablement entendus.

*

* *

L'organisme autonome de régulation économique est, dans sa version canadienne et québécoise, une institution originale. Il témoigne d'une recherche, parfois ardue, de conciliation entre des formes d'intervention étatique adaptées au contexte économique nord-américain et les principes du droit public britannique. Il offre d'une part aux dirigeants politiques la possibilité d'exercer un contrôle souple mais étendu sur l'activité économique, et d'autre part aux citoyens un forum où ils peuvent participer à l'orientation de cette activité économique. À la fois plaque tournante d'informations et instance d'arbitrage des intérêts sociaux, l'organisme de régulation occupe

une situation vulnérable au centre de ce réseau de communications. Pour stabiliser sa position dans les systèmes politique et économique, il faut d'abord en développer et rationaliser les assises juridiques.